

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La publicité sur l'Internet

Montero, Etienne

Published in:

Les pratiques du commerce électroniques

Publication date:

2007

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Montero, E 2007, La publicité sur l'Internet: principes juridiques et applications. Dans *Les pratiques du commerce électroniques*. Cahiers du CRID, Numéro 30, Académia Bruylant, Bruxelles, p. 9-51.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

CHAPITRE I

LA PUBLICITÉ SUR L'INTERNET :
PRINCIPES JURIDIQUES ET
APPLICATIONS

Étienne MONTERO
Professeur ordinaire aux
Facultés universitaires Notre-Dame de la Paix

INTRODUCTION

Les annonceurs font feu de tout bois. Il n'y a pas un outil de communication qui ne soit mobilisé à des fins promotionnelles (radio, télévision, journaux et magazines, panneaux d'affichage, tracts...). L'internet ne pouvait échapper à la règle et a tôt fait d'attiser toutes les convoitises. La publicité sur l'internet représente aujourd'hui un marché en pleine expansion. Nous y voyons deux explications principales.

Les caractéristiques du réseau des réseaux en font un vecteur publicitaire particulièrement prisé. Les atouts de la publicité sur l'internet peuvent se décliner en quelques maîtres mots : faible coût, interactivité, personnalisation et intégration poussée.

Tout d'abord, une campagne publicitaire en ligne est souvent moins onéreuse que la diffusion d'un spot TV ou radio sur les grandes chaînes. Ensuite, en tant que média interactif, l'internet permet de rompre avec une publicité intrusive adressée à des destinataires passifs ; tout l'art est d'inviter l'internaute à intervenir volontairement, en l'appâtant et en l'amenant à activer « de plein gré » un hyperlien « pour en savoir plus ». Par ailleurs, l'internet permet une publicité à la fois de masse et « sur mesure », personnalisée en fonction du profil des usagers : grâce à divers « traitements invisibles » (1), les publicités s'ajustent à leurs besoins et centres d'intérêts (2). Enfin, la publicité sur l'internet ouvre une porte sur la vente directe en ligne : en deux ou trois clics, l'internaute peut être conduit irrésistiblement d'une bannière publicitaire au bon de commande affiché à l'écran. À la lumière de ces différents facteurs conjugués, on comprend l'immense attrait exercé par l'internet sur les annonceurs.

L'importance de la publicité sur l'internet trouve une seconde explication dans le coût, non négligeable, de la présence sur le réseau. À cet égard, les auteurs de la Directive sur le commerce électronique ont vu dans les ressources tirées de la publicité sur le net une aubaine pour le

(1) Suivant une expression de J.-M. DINANT, « Les traitements invisibles sur Internet », in E. MONTERO (dir.), *Droit des technologies de l'information – Regards prospectifs*, Cahiers du CRID, n° 16, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 271-294.

(2) Divers traitements plus ou moins opaques pour l'utilisateur non averti (*cookies* combinés à des hyperliens invisibles, captation de mots clés introduits dans des moteurs de recherche, etc.) permettent de collecter des données concernant ses goûts et centres d'intérêts ; celles-ci sont recueillies, traitées et recoupées dans d'immenses bases de données, constamment mises à jour et exploitées en ligne. Des profils de clientèle sont ainsi dressés et exploités avec bonheur par des firmes de cybermarketing aux fins de réaliser un *marketing one-to-one*. Pour de plus amples explications, voy. l'étude précitée de J.-M. DINANT, et pour une brève synthèse, voy. E. MONTERO, *Les contrats de l'informatique et de l'internet*, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 196 et s., n° 144 à 146.

financement des services de la société de l'information et, singulièrement, pour le développement d'une grande variété de sites à contenu gratuit (3).

La publicité sur l'internet est soumise à de nombreuses règles, éparpillées dans plusieurs textes ; la plupart ont leur source dans des directives européennes. Notre propos est d'offrir une synthèse de ces règles, en mettant l'accent sur les plus récentes modifications légales et applications jurisprudentielles intervenues en la matière (section 1), puis de confronter les principes et règles à un choix de pratiques publicitaires sur le net (section 2).

SECTION 1. – LES PRINCIPES RÉGISSANT LA PUBLICITÉ SUR LE NET

La publicité sur l'internet est soumise à l'ensemble des règles applicables à toutes les formes de publicité, indépendamment du support utilisé. On songe aux principes et règles contenus dans la loi sur les pratiques du commerce (LPCC) (4) et, le cas échéant, à certaines réglementations particulières (sous-section 1).

À ces dispositions à caractère général s'ajoutent les dispositions plus récentes figurant dans la loi du 11 mars 2003 sur les services de la société de l'information (SSI) (5) qui transpose la directive sur le commerce électronique. Elles visent spécifiquement la publicité sur les réseaux numériques (sous-section 2).

SOUS-SECTION 1. – *Les principes applicables à toutes les formes de publicité*

Dans la loi sur les pratiques du commerce, la publicité s'entend de « toute communication ayant comme but direct ou indirect de promouvoir la vente de produits ou de services [y compris les biens immeubles, les droits et les obligations], quel que soit le lieu ou les moyens de communication mis en œuvre (6) ». Étant donné sa portée

(3) Considérant n° 29 de la Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), *J.O.C.E.*, n° L 178 du 17 juillet 2000, p. 5.

(4) Loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, *M.B.*, 29 août 1991.

(5) Loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, *M.B.*, 17 mars 2003, p. 12963.

(6) Voyez l'ancien art. 22, al. 1^{er}, de la LPCC devenu, suite à la réforme évoquée ci-après, le nouvel article 93, 3°, de la LPCC.

extrêmement large et sa neutralité eu égard au support de diffusion utilisé, cette définition couvre en principe, sous le bénéfice de précisions ultérieures, les diverses techniques de publicité sur l'internet (7). L'on songe aux bannières publicitaires sous toutes leurs formes (simples ou animées, rotatives, interactives, multimédias...), aux messages interstitiels, aux *pop-ups*, aux hyperliens commerciaux, aux publicités par courrier électronique, etc.

C'est ici qu'interviennent les plus récentes innovations légales affectant la matière puisque la loi sur les pratiques du commerce vient de subir une refonte complète (8) à l'occasion de la transposition de la directive européenne sur les pratiques commerciales déloyales (ci-après « la directive ») (9). Sans entrer naturellement dans une analyse fouillée de cette réforme, il semble en tout cas indispensable d'en montrer l'impact sur le cadre juridique de la publicité.

§ 1. Vue d'ensemble

A. – Entre harmonisation...

La directive sur les pratiques commerciales déloyales a pour objectif de rapprocher les diverses législations des États membres en matière de pratiques du commerce, en vue d'assurer un meilleur fonctionnement du marché intérieur et un niveau élevé de protection du consommateur (10). À cette fin, elle interdit les pratiques commerciales déloyales, qu'elles soient trompeuses ou agressives. Après une esquisse des contours généraux de ces pratiques sous leurs diverses for-

(7) À propos des techniques de publicité sur le net, voy., parmi d'autres, D. GOBERT, « La publicité sur Internet – Le droit en (r)évolution », *Rev. Ubiquité* (actuellement *R.T.D.I.*), n° 7, 2000, pp. 71 et s. ; E. MONTERO, *Les contrats de l'informatique et de l'internet*, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 199 et s., et *infra*, section 2.

(8) Cf. Projet de loi modifiant la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2006-2007, n° 2983/001 (cité ci-après « le projet de loi »), adopté en séance plénière de la Chambre le 12 avril 2007 et transmis au Sénat (doc. n° 2983/006) qui a décidé de ne pas l'amender en sa séance plénière du 19 avril 2007 (Sén., sess. ord., 2006-2007, n° 3-2407/3). À l'heure où nous écrivons ces lignes, ce texte n'a pas encore été promulgué par le Roi.

(9) Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil (« directive sur les pratiques commerciales déloyales »), *J.O.U.E.*, n° L 149, du 11 juin 2005, p. 22. Sur ce texte, parmi d'autres, L. DE BROUWER, « La directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales », *R.D.C.*, 2005, pp. 793-796 ; J. STUYCK, E. TERRYIN et T. VAN DYCK, « La proposition de directive 'pratiques commerciales déloyales' : quel marché unique pour le consommateur ? », *R.E.D.C.*, 2003, pp. 239-294.

(10) Art. 1^{er} de la directive.

mes, la directive recourt à la voie énumérative, par le biais d'une liste noire des pratiques réputées déloyales en toutes circonstances (11).

Pour des raisons de cohérence, un certain nombre de directives ont également été modifiées, parmi lesquelles la directive 84/450/CEE sur la publicité trompeuse (12).

À terme, l'harmonisation de la protection accordée au consommateur par la directive se veut maximale. Les dispositions nationales plus rigoureuses ou plus restrictives que la directive sont tolérées jusqu'en juin 2013 (13), à condition qu'elles mettent en œuvre des directives incluant des clauses d'harmonisation minimale, qu'elles s'avèrent essentielles pour garantir que les consommateurs soient protégés de manière adéquate contre les pratiques commerciales déloyales et qu'elles soient proportionnées à cet objectif (14).

B. – ... et cacophonie

La transposition de cette directive en droit belge nécessite donc non seulement l'intégration de dispositions nouvelles, mais également la modification du cadre existant (15).

À vrai dire, sur le fond, les innovations ne sont pas légion. La LPCC contenait déjà une interdiction *générale* des pratiques contraires aux usages honnêtes tant entre professionnels (anc. art. 93) qu'à l'égard des consommateurs (anc. art. 94) et une interdiction *générale* des publicités trompeuses (anc. art. 23). À présent, ce dispositif relativement sobre est remplacé par un ensemble touffu de dispositions particulièrement détaillées et infiniment casuistiques.

Quant à la forme, on relève que les chapitres IV (relatif à la publicité) et VII (consacré aux pratiques contraires aux usages honnêtes) sont désormais abrogés et remplacés par un nouveau chapitre VII qui traite ensemble de la publicité et des pratiques commerciales déloyales. On peut déjà regretter que des questions aussi

(11) Voy. l'annexe I de la directive.

(12) Directive 84/450/CEE du Conseil du 10 septembre 1984 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de publicité trompeuse, *J.O.C.E.*, n° L 250, du 19 septembre 1984, p. 17. Désormais les dispositions qui interdisent comme telle la publicité trompeuse visent exclusivement les relations entre professionnels.

(13) Cette date pouvant être prolongée par la Commission européenne moyennant une révision de la directive (art. 18 de la directive).

(14) Art. 3.5 et 3.6 de la directive.

(15) Notons que la LPCC n'est pas la seule concernée, puisqu'il sera également nécessaire de modifier la loi du 2 août 2002 relative à la publicité trompeuse et à la publicité comparative, aux clauses abusives et aux contrats à distance en ce qui concerne les professions libérales, *M.B.*, 20 novembre 2002.

transversales soient abordées à la fin de la loi, après les multiples dispositions relatives à diverses pratiques du commerce particulières (16). La cohérence et la lisibilité de la loi s'en trouvent – une fois de plus – mises à mal.

La configuration du nouveau chapitre VII laisse perplexe (17). Avec ses définitions propres et son champ d'application spécifique, le chapitre VII apparaît comme une loi dans la loi. Cette mise en abyme ne simplifie en rien la lecture de la LPCC, maintes fois critiquée pour sa complexité croissante (18). Pire : la cohérence même de l'ensemble est mise en péril par la coexistence, au sein de la LPCC, de plusieurs définitions différentes de notions identiques. En effet, le chapitre VII (nouveau) fournit sa propre définition des notions de « consommateur » (en excluant les personnes morales) et de « produit » (en incluant les immeubles, les droits et les obligations). Par ailleurs, au sein même du chapitre VII, des champs d'application différents sont prévus selon les sections, recouvrant tantôt les relations entre professionnels (ainsi, la section 3 consacrée à la publicité et aux pratiques contraires aux usages honnêtes entre vendeurs), tantôt celles entre professionnels et consommateurs (ainsi, la section 4 relative aux pratiques commerciales déloyales à l'égard des consommateurs), tantôt les deux types de relations (ainsi, la section 2 consacrée à la publicité comparative).

Si la nécessité d'une refonte totale de la loi sur les pratiques du commerce ne fait aujourd'hui plus de doute, une telle réforme n'aurait cependant pu être menée à bien avant l'échéance du délai de transposition fixée par la directive au 17 juin 2007 (19). Aussi le législateur a-t-il pris le parti d'une énième modification précaire de la LPCC, dans l'attente d'une réforme plus ambitieuse. Entre-temps, il est bien conscient que cette loi est devenue largement illisible puisqu'il habilite le Roi à en coordonner les dispositions, notamment en modifiant leur ordre, numérotation et présentation, pour en clarifier la lecture (20).

(16) Le chapitre VI étant relatif, pour rappel, à « Certaines pratiques du commerce », au nombre de onze.

(17) On relève à cet égard les critiques formulées contre le projet de loi par le Conseil d'État (Avis du Conseil d'État, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2006-2007, n° 2983/001, pp. 65-66) et par certains membres du Conseil de la consommation (Avis n° 368 du 7 sept. 2006 sur un projet de loi modifiant la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur – Transposition de la directive « Pratiques commerciales déloyales »).

(18) À vrai dire, le procédé n'est guère nouveau, puisque la transposition de la directive sur les clauses abusives avait déjà conduit le législateur à introduire dans une section de la LPCC des définitions de « vendeur » et de « produit » distinctes de celles données par l'article 1^{er} de la même loi. Voy. l'art. 31, § 2, 1° et 2°, de la LPCC.

(19) Cf. l'art. 19 de la directive.

(20) Art. 122*bis* (nouveau) de la LPCC.

§ 2. Réglementation de la publicité trompeuse ou déloyale

Les pratiques publicitaires, jusqu'ici réglées dans leur ensemble par l'article 23 (ancien) de la LPCC, doivent désormais être envisagées distinctement selon que la publicité s'adresse à un autre professionnel ou à un consommateur. Certaines dispositions communes sont néanmoins maintenues, reprenant et adaptant les articles 24 à 29 (anciens) de la LPCC.

A. – Les publicités adressées aux professionnels

Entre professionnels, les règles applicables demeurent quasiment inchangées. Elles font simplement l'objet d'une section spécifique du nouveau chapitre VII, intitulée « De la publicité et des pratiques contraires aux usages honnêtes entre vendeurs ». Elle comprend deux dispositions, les articles 94/2 et 94/3 (nouveaux), qui reprennent en substance, respectivement, l'ancien article 23 (expurgé des éléments visant les publicités adressées aux consommateurs) (21) et l'ancien article 93 de la LPCC (22). Cette section interdit, entre professionnels, toutes les formes de publicité trompeuse, dénigrante ou prêtant à confusion ou encore non conforme aux usages honnêtes en matière commerciale.

Est notamment interdite, entre vendeurs, toute publicité : qui comporte des affirmations susceptibles d'induire en erreur sur l'identité, la nature, la composition, l'origine (la durée), la quantité, la disponibilité, le mode et la date de fabrication (prestation) ou les caractéristiques (prix, tests et contrôles effectués...) d'un produit (service) ; qui porte sur une offre de produits ou de services lorsque le vendeur ne dispose pas du stock suffisant ou ne peut effectivement prester les services qui doivent normalement être prévus, compte tenu de l'ampleur de la publicité ; etc.(23)

Dans le même ordre d'idées, une publicité doit être nettement identifiable comme telle. Si son caractère publicitaire ne ressort clairement de sa présentation et de son effet global, elle doit comporter la mention « publicité » de manière lisible, apparente et non équivoque (24). Nous

(21) Cf. l'ancien article 23, 10°, 12° et 14° de la LPCC.

(22) Remarquons que la différence entre le régime de la publicité et celui des pratiques déloyales subsiste uniquement lorsque des professionnels sont visés. Comp. nouvelle section 4 qui réglemente globalement l'ensemble des pratiques commerciales déloyales à l'égard des consommateurs.

(23) Pour un commentaire de ces textes, voy. p. ex. F. DE PATOUL (avec la collaboration de A. VAN DEN BROECK et A.-F. DE VELTH), « Les pratiques du commerce », vol. 1, *G.U.J.E.*, 2° éd., Livre 84, Bruxelles, Kluwer, 2003, spéc. le troisième chapitre, pp. 22 et s. ; M. LEROY et B. MOUFFE, *Le droit de la publicité*, 2° éd., Bruxelles, Bruylant, 2001, spéc. la cinquième partie, pp. 308 et s.

(24) Voy. le nouvel art. 94/2, 5°, de la LPCC, qui reprend le prescrit de l'ancien art. 23, 5°, de la LPCC.

reviendrons sur ce principe, qui a été repris par la réglementation des publicités émises sur les réseaux (*infra*, sous-section 2).

Plus généralement, est interdit tout acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale par lequel un vendeur porte atteinte aux intérêts professionnels d'un ou de plusieurs autres vendeurs (25).

B. – Les publicités adressées aux consommateurs

De professionnel à consommateur, la refonte est complète. Dans la section 4 du chapitre VII, dédiée aux pratiques commerciales déloyales à l'égard des consommateurs (à l'exclusion, rappelons-le, des personnes morales), se retrouve l'essentiel de la directive sur les pratiques commerciales déloyales.

Ces dernières sont susceptibles d'intervenir avant, pendant ou après l'offre en vente et la vente de produits ou de services (26). À l'instar de la directive, les nouvelles dispositions légales interdisent les pratiques commerciales déloyales en général, tout en accordant une attention particulière aux pratiques commerciales trompeuses et aux pratiques commerciales agressives.

Les pratiques commerciales sont définies comme « toute action, omission, conduite, démarche ou communication commerciale, *y compris la publicité et le marketing*, de la part d'un vendeur, en relation directe avec *la promotion*, la vente ou la fourniture de produits ou de services aux consommateurs » (27).

Dans la suite de notre étude, nous ne nous pencherons que sur les pratiques publicitaires susceptibles d'être interdites dans le nouveau dispositif.

1. *Interdiction des pratiques publicitaires déloyales en général*

Jusqu'à présent, l'article 94 de la LPCC interdisait « tout acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale par lequel un vendeur porte atteinte ou peut porter atteinte aux intérêts d'un ou de plusieurs consommateurs ».

Cette disposition est remplacée par une interdiction générale des pratiques commerciales déloyales, entendues comme pratiques contraires aux exigences de la diligence professionnelle et altérant ou susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement éco-

(25) LPCC, art. 93 (ancien), art 94/4 (nouveau).

(26) LPCC, art 94/3 (nouveau), transposant l'art. 3,1, de la directive.

(27) Voy. LPCC, art. 93, 4° (nouveau), transposant l'art. 2, d, de la directive (souligné par nous).

nomique du consommateur auquel elles s'adressent, par rapport au produit ou au service (28).

La notion de diligence professionnelle renvoie, *grosso modo*, aux usages honnêtes en matière commerciale, de sorte que les développements jurisprudentiels et doctrinaux faits autour de cette notion sous l'empire de l'article 94 (ancien) de la LPCC pourront être repris (29). L'altération substantielle du comportement économique des consommateurs implique « l'utilisation d'une pratique commerciale compromettant sensiblement l'aptitude du consommateur à prendre une décision en connaissance de cause et l'amenant par conséquent à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement » (30).

Pour l'appréciation du caractère déloyal d'une pratique, le consommateur de référence est le consommateur moyen, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé (31). Ce critère est explicitement revu à la baisse si une pratique commerciale s'adresse à un groupe clairement identifiable de consommateurs particulièrement vulnérables (handicapés, enfants...) : on se référera alors au membre moyen de ce groupe (32).

La mansuétude du législateur a toutefois ses limites : en matière de publicité, la directive et la loi qui la transpose tolèrent le recours à des exagérations ou à des déclarations qui ne sont pas destinées à être prises au pied de la lettre (33). Le consommateur doit être capable de comprendre que la lessive ne lave pas vraiment plus blanc que blanc et que la boisson énergisante ne fait pas réellement pousser des ailes dans le dos de celui qui l'absorbe. On sonnerait le glas de la publicité si l'on interdisait ce type d'exagération qui ne trompe personne.

2. Interdiction des pratiques publicitaires trompeuses

Les pratiques commerciales trompeuses, en ce compris les publicités trompeuses, sont considérées comme déloyales et, partant, interdites.

(28) LPCC, art. 94/5 (nouveau), transposant l'art. 5, 1 à 3, de la directive.

(29) Voy. la définition donnée par l'art. 93, 8° (nouveau), de la LPCC : « diligence professionnelle : le niveau de compétence spécialisée et de soins dont le vendeur est raisonnablement censé faire preuve dans son domaine d'activité vis-à-vis du consommateur, conformément aux usages honnêtes en matière commerciale ». Cette disposition transpose l'art. 2, h, de la directive, qui se réfère cependant aux « pratiques de marché honnêtes et/ou au principe général de bonne foi ».

(30) Voy. LPCC, art. 93, 6° (nouveau), transposant l'art. 2, e, de la directive.

(31) Voy. le considérant n° 18 de la directive, ainsi que le Projet de loi modifiant la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2006-2007, n° 2983/001, p. 24.

(32) LPCC, art. 94/5, § 2, al. 2 (nouveau), transposant l'art. 5, 3, de la directive. Voy. aussi Cass., 12 oct. 2000, *Pas.*, 2000, I, p. 544.

(33) LPCC, art. 94/5, § 2, al. 2, *in fine* (nouveau).

À cet égard, une pratique peut être trompeuse soit par l'allégation d'informations fausses susceptibles d'induire en erreur, soit par l'omission d'informations jugées substantielles qui empêchent de prendre une décision éclairée (34). Quoiqu'il en soit, le critère général d'appréciation du caractère trompeur d'une pratique est qu'il conduit le consommateur à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement (35).

Pour identifier le caractère trompeur d'une pratique, le législateur s'enlise dans l'énumération fastidieuse de multiples hypothèses particulières dans lesquelles le consommateur pourrait être trompé eu égard aux éléments d'information qui sont fournis ou qui font défaut (36). Certaines de ces hypothèses peuvent s'apparenter aux cas de figure visés par l'article 23 (ancien) de la LPCC. D'autres ont été ajoutées ou retranchées par rapport au régime passé, pour se conformer à l'harmonisation maximale préconisée par la directive.

Cette approche casuistique, apparemment chère au législateur européen, est regrettable, car peu propice à dégager les lignes de force permettant de juger du caractère trompeur d'une pratique commerciale, *a fortiori* si elle est inédite. Tentons néanmoins de repérer quelques traits saillants du régime.

a) Actions trompeuses

Une information peut être trompeuse non seulement si elle est fausse, mais également si, tout en étant « factuellement correcte », elle est susceptible d'induire le consommateur en erreur (37). La précision paraît judicieuse, dans la mesure où elle empêche l'annonceur de se retrancher derrière le caractère strictement exact des informations fournies dans un contexte douteux.

Notons que la publicité comparative créant une confusion dans l'esprit du consommateur reste trompeuse, à l'instar de ce que prévoyait le régime en vigueur jusqu'il y a peu (38). Comme si cette

(34) Pour des illustrations en jurisprudence, Lyon (7^e ch.), 7 mars 2007, www.legalis.net (publicité trompeuse sur les conditions de vente de biens informatiques, et plus précisément sur le délai de livraison très attractif des produits proposés sur le site pere-noel.fr) ; Trib. gr. inst. Bordeaux, 9 janv. 2006, trois décisions, www.legalis.net (condamnation d'une société qui diffusait sur son site web des messages publicitaires trompeurs concernant les soldes) ; Versailles, 21 novembre 2001, confirme Comm. Nanterre (réf.), 8 nov. 2001, www.legalis.net (publicités, jugées trompeuses, d'AOL sur des offres d'abonnement à Internet).

(35) Ce critère revient constamment dans les articles 94/6 et 94/7 (nouveaux) de la LPCC.

(36) Voy. les articles 94/6 à 94/8 (nouveaux) de la LPCC, transposant les articles 6 et 7 et reprenant les annexes I et II de la directive.

(37) Voy. LPCC, art. 94/6, § 1^{er} (nouveau).

(38) Voy. LPCC, art. 94/6, § 2, 1^o (nouveau), qui reprend en substance l'art. 23, 8^o (ancien).

disposition ne suffisait pas, la directive et la loi précisent par ailleurs, dans une liste noire des pratiques déloyales, qu'il est trompeur de « promouvoir un produit ou un service similaire à celui d'un fabricant particulier de manière à inciter délibérément le consommateur à penser que le produit provient de ce même fabricant alors que tel n'est pas le cas » (39). On n'aperçoit pas l'intérêt de cette disposition.

Relevons encore une nouveauté : est également trompeuse une pratique commerciale par laquelle un professionnel viole les engagements contenus dans un code de conduite auquel il adhère, pour autant que ces engagements soient fermes et vérifiables, et que le professionnel indique qu'il est lié par le code.

b) Omissions trompeuses

L'omission est trompeuse si l'information omise présente un caractère substantiel. Et le législateur de recenser toutes les informations réputées substantielles, parmi lesquelles les caractéristiques principales du produit ou du service, l'adresse géographique et l'identité du vendeur, le prix, les modalités de paiement, de livraison et de traitement des réclamations, lorsqu'elles sont différentes des usages du secteur, ainsi que, lorsque celui-ci est prévu, l'existence d'un droit de renonciation ou d'annulation (40.) D'autres informations prévues par le droit communautaire, spécifiquement relatives aux communications commerciales (y compris la publicité et le marketing) sont considérées comme substantielles (41).

À moins qu'elles ne ressortent déjà du contexte, ces informations doivent être fournies dans toutes les publicités qui constituent une « invitation à l'achat », entendant par là « une communication commerciale indiquant les caractéristiques du produit ou du service et son prix de façon appropriée en fonction du moyen utilisé pour cette communication commerciale et permettant ainsi au consommateur de faire un achat » (42).

Cette notion d'invitation à l'achat n'est pas sans évoquer la notion d'offre, telle que nous la connaissons. On sait qu'en droit belge, l'offre désigne une proposition ferme, précise et non équivoque de contracter portant sur tous les éléments essentiels et substantiels du contrat, en manière telle qu'il suffit à son destinataire de l'accepter pour que le

(39) LPCC, art. 94/8, 13° (nouveau), reprenant le point 13 de l'annexe I de la directive.

(40) LPCC, art. 94/7, § 4 (nouveau), transposant l'art. 7, 4, de la directive.

(41) LPCC, art. 94/7, § 5 (nouveau), reprenant l'annexe II de la directive.

(42) LPCC, art. 93, 9° (nouveau), transposant l'art. 2, i, de la directive.

contrat se forme (43). L'offre de contracter ne s'adresse pas nécessairement à une personne déterminée, notre droit connaissant également les offres faites au public, à personne indéterminée. En principe, la publicité ne constitue pas en soi une offre, mais elle pourrait être considérée comme telle dès l'instant où sa formulation est précise et complète au point que son acceptation suffit à conclure le contrat. L'invitation à l'achat est une curieuse notion, intermédiaire entre la publicité et l'offre ; quoique ne s'en distinguant pas clairement, du moins à nos yeux, les invitations à l'achat ne doivent pas être confondues avec les offres en vente elles-mêmes car elles demeurent des messages publicitaires, mais qui comportent plus d'informations que la présentation ou la mise en valeur du produit ou du service (44).

Dans le contexte des réseaux, cette question acquiert une dimension tout à fait nouvelle et originale par rapport aux canaux publicitaires traditionnels. En effet, grâce à la technique des hyperliens, il est possible de passer, en quelques clics, d'une simple publicité à un catalogue en ligne, puis du catalogue à un bon de commande. Dans ces circonstances, la publicité sur les réseaux ne revêt pas le caractère d'une offre en tant que telle, étant souvent formulée sommairement, mais elle est intimement liée à l'offre, permettant d'y accéder directement et aisément. On se demande par contre si une telle publicité ne pourrait être considérée comme une invitation à l'achat, au sens de la directive et de la loi, dès lors que le prix et les caractéristiques sont indiqués « de façon appropriée en fonction du moyen utilisé », soit directement dans la publicité, soit indirectement via le jeu des hyperliens.

Pour ne pas être trompeuse, cette publicité devrait contenir les informations essentielles citées ci-dessus, soit directement dans le corps du message, soit via une page accessible moyennant l'activation d'un lien hypertexte, à condition bien sûr que celui-ci soit suffisamment visible et éloquent. En effet, l'omission peut consister aussi bien en la dissimulation d'informations que dans le fait de fournir une information de façon peu claire, inintelligible, ambiguë ou à contretemps (45).

(43) Cass., 23 septembre 1969, *Pas.*, 1970, I., p. 73 ; *R.C.J.B.*, 1971, p. 216 et note Y. SCHOENTJES-MERCHERS, « Propositions, pourparlers et offre de vente » ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Bruxelles, Bruylant, t. II, 3^e éd., 1964, p. 491, n° 499 ; T. STAROSSELETS, « Offre et acceptation : principes et quelques situations spéciales », in *Le processus de formation du contrat*, CUP, vol. 72, Bruxelles, Larcier, 9/2004, pp. 11 et s.

(44) Projet de loi modifiant la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2006-2007, n° 2983/001, p. 15.

(45) Voy. LPCC, art. 94/7, § 2 (nouveau).

Notons encore que le fait de ne pas indiquer clairement l'intention commerciale, dès lors que celle-ci ne ressort pas déjà du contexte, est également une omission trompeuse. Ce principe rappelle, dans des formes plus générales, le prescrit de l'ancien article 23, 5°, de la LPCC, aujourd'hui abrogé, qui exigeait que toutes les publicités soient identifiables en tant que telles (cf. *supra*). De manière un peu redondante, la directive et la loi considèrent spécifiquement comme pratique commerciale trompeuse le fait d'« utiliser un contenu rédactionnel dans les médias pour faire la promotion d'un produit ou d'un service, alors que le vendeur a financé celle-ci lui-même, sans l'indiquer clairement dans le contenu ou à l'aide d'images ou de sons clairement identifiables par le consommateur » (46). Il nous semble que le législateur aurait pu faire l'économie de ce genre de disposition factuelle, puisque dans cette hypothèse il est clair que l'intention commerciale est dissimulée et ne ressort pas du contexte.

§ 3. La réglementation de la publicité comparative

Le régime de la publicité comparative semble le plus épargné, puisqu'il n'a guère subi de modifications, tout au plus quelques ajustements (47).

Est considérée comme publicité comparative « toute publicité qui, explicitement ou implicitement, identifie un concurrent ou des produits ou services offerts par un concurrent » (48), peu importe qu'elle s'adresse à un professionnel ou à un consommateur. Cette publicité est licite dès lors que sont respectées les conditions suivantes :

- 1° elle n'est pas trompeuse ;
- 2° elle compare des produits ou services répondant aux mêmes besoins ou ayant le même objectif ;
- 3° elle compare objectivement une ou plusieurs caractéristiques essentielles, pertinentes, vérifiables et représentatives de ces produits et services, dont le prix peut faire partie ;
- 4° elle n'engendre pas de confusion sur le marché entre l'annonceur et un concurrent ou entre les marques, noms commerciaux, autres signes distinctifs, produits ou services de l'annonceur et ceux d'un concurrent ;

(46) LPCC, art. 94/8, 11° (nouveau), reprenant le point 11 de l'annexe I de la directive.

(47) Voy. le nouvel art. 94/1, reprenant l'ancien art. 23*bis* de la LPCC.

(48) Voy. le nouvel art. 93, 4°, reprenant l'ancien art. 22, al. 2, de la LPCC.

- 5° elle n'entraîne pas le discrédit ou le dénigrement des marques, noms commerciaux, autres signes distinctifs, produits, services, activités ou situations d'un concurrent ;
- 6° pour les produits ayant une appellation d'origine, elle se rapporte dans chaque cas à des produits ayant la même appellation ;
- 7° elle ne tire pas indûment profit de la notoriété attachée à une marque, nom commercial... d'un concurrent ;
- 8° elle ne présente pas un produit ou un service comme une imitation ou une reproduction d'un produit ou d'un service portant une marque ou un nom commercial protégés.

On s'avise que, liens hypertextes aidant, le Web apparaît comme un terrain d'élection pour la publicité comparative. Les caractéristiques de la Toile, et singulièrement la technique des hyperliens, permettent d'imaginer des développements originaux des pratiques publicitaires. Par exemple, une page reprenant le catalogue des produits offerts par un commerçant peut renvoyer vers le catalogue des produits concurrents. La simple activation d'un hyperlien permet ainsi à l'internaute de constater que tels produits concurrents sont plus onéreux... La prudence est donc de mise lors de l'utilisation de tels liens !

Le tribunal de commerce d'Anvers a ainsi été amené à se pencher sur une spectaculaire campagne de publicité comparative de Ryanair à l'encontre de la Sabena (49). Une série d'affiches pour le moins éloquentes représentaient Manneken Pis urinant sur le logo de la Sabena, avec le slogan « Pissed off with Sabena's high fares ? Low fares arrived in Belgium ! ». Suite à l'action en justice intentée par la Sabena, Ryanair surenchérit, en indiquant sur la page d'accueil de son site web la photo litigieuse, accompagnée d'un hyperlien intitulé « Sabena attaque Ryanair en justice : votre opinion ? », renvoyant à une autre page du site, où les internautes étaient invités à se prononcer sur le caractère trop onéreux de vols de la compagnie belge. Le tribunal de commerce d'Anvers a estimé, sans surprise, qu'il s'agissait là d'une publicité comparative dénigrante à l'égard de la Sabena. En outre, la comparaison était trompeuse et non objective, dans la mesure où elle ne tenait pas compte des aéroports concernés, du confort et du service à bord.

De même, le vendeur qui tient un forum sur son site internet, contenant un sujet invitant explicitement les internautes à critiquer un

(49) Comm. Anvers, 10 juillet 2001, *R.D.C.*, 2002, p. 311.

concurrent, se rend coupable de publicité comparative dénigrante (50).

§ 4. *Autres réglementations*

Il existe, par ailleurs, un grand nombre de réglementations particulières visant à interdire certaines publicités (notamment celles incitant à la violence ou à la discrimination fondée sur la race, la religion ou le sexe...) ou à réglementer la publicité relative à certains secteurs, produits ou services (médicaments, cosmétiques, soins médicaux ou dentaires et autres professions libérales (51), armes à feu, tabac (52), alcool, crédit à la consommation, services financiers, *etc.*) (53). Dans la mesure où ces réglementations sont neutres eu égard au support utilisé, il va de soi qu'elles s'appliquent à la publicité sur les réseaux (54).

SOUS-SECTION 2. – *Les principes applicables aux publicités sur les réseaux*

L'on sait que l'article 2, f), de la directive européenne sur le commerce électronique définit la notion de « communication commerciale » comme « toute forme de communication destinée à promouvoir, directement ou indirectement, des biens, des services, ou l'image d'une entreprise, d'une organisation ou d'une personne ayant une activité commerciale, industrielle, artisanale ou exerçant une profession réglementée ».

Reproduite de façon littérale, sous le vocable « publicité », à l'article 2, 7°, de la loi du 11 mars 2003 qui transpose cette directive, cette

(50) Prés. Comm. Anvers, 9 août 2001, *Ann. prat. comm. & conc.*, 2001, p. 666, note G. BALLON. En jurisprudence française, voy. p. ex. Comm. Paris, 7 juin 2006, *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, n° 17 du 1^{er} juin 2006 (il est fait interdiction à une société d'exploiter son site web de comparaison des prix entre enseignes de grande distribution <quistlemoinscher.com> ; parmi les griefs figurait le manque de transparence dans la comparaison : absence d'indication précise des produits pris en compte dans la liste et des critères sur lesquels ils avaient été choisis) ; Comm. Bobigny (réf.), 16 nov. 2005, *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, n° 14 du 1^{er} mars 2006 (campagne de publicité comparative sur un site web jugée conforme aux dispositions légales).

(51) À ce sujet, voy. la loi du 2 août 2002 relative à la publicité trompeuse et à la publicité comparative, aux clauses abusives et aux contrats à distance en ce qui concerne les professions libérales, *M.B.*, 20 nov. 2002.

(52) Cf. p. ex. Cass. fr. (crim.), 3 mai 2006, *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, n° 18 du 1^{er} juillet 2006 ; Cass. fr. (crim.), 17 janv. 2006, *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, n° 14 du 1^{er} mars 2006.

(53) Pour un aperçu des règles contenues dans ces réglementations particulières, voy. M. LEROY et B. MOUFFE, *Le droit de la publicité*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2001, spéc. la sixième partie, pp. 445 et s.

(54) Pour des illustrations à propos de certaines réglementations particulières (notamment la publicité pour le tabac, pour l'alcool et pour les médicaments), voy. Th. VERBIEST, *Commerce électronique : le nouveau cadre juridique*, Bruxelles-Paris, Larcier-L.G.D.J., 2004, pp. 69 et s.

définition, extrêmement large, n'est guère éloignée de la notion de publicité telle qu'envisagée dans la loi sur les pratiques du commerce et interprétée par la jurisprudence (55). Sans doute s'applique-t-elle à toutes les formes de publicité sur les réseaux. Encore l'hésitation est-elle possible en certains cas (*infra*, section 2), tant il est vrai qu'à tout prendre, toute page web peut être regardée comme une manière de promouvoir l'image de la personne, de l'entreprise ou de l'organisation qui s'y présente. À cet égard, l'alinéa 2 de l'article 2, 7°, fournit quelques indications supplémentaires. Il y est précisé que, pour l'application de la loi, ne constituent pas en tant que telles de la publicité les informations permettant l'accès direct à l'activité de l'entreprise, de l'organisation ou de la personne (notamment un nom de domaine (56) ou une adresse de courrier électronique) et les communications élaborées d'une manière indépendante, en particulier lorsqu'elles sont fournies sans contrepartie financière. Ainsi, ne peut être qualifié de publicité, le seul fait de détenir un site ou de donner de l'information qui ne serait pas de la promotion (toute la difficulté est de distinguer l'une de l'autre...) (57), ou le lien hypertexte vers un site web publicitaire lorsqu'il est créé sans lien financier ou autre contrepartie provenant de la personne détenant ce site, ou encore – à la même condition – la mention d'un nom de domaine, d'une adresse e-mail, d'un logo ou d'une marque (58).

Cela étant, la loi du 11 mars 2003 sur les SSI consacre quelques dispositions visant les publicités sur les réseaux numériques (si tant est qu'elles peuvent être qualifiées de publicité au sens de la définition précitée). D'une part, l'article 13 de la loi pose les principes d'identification, de transparence et de loyauté pour toutes les formes de publicité en ligne (ci-après, §§ 1 et 2). D'autre part, l'article 14

(55) La référence à la « promotion de l'image » n'apparaît pas comme telle dans le libellé de la définition figurant dans la LPCC. Néanmoins, il ne fait pas de doute que cette définition se prête à une interprétation large, de nature à pouvoir couvrir cette modalité de la publicité (arg. l'adjectif « indirect ») ; cette analyse est du reste confirmée par la jurisprudence. Cf. Cass., 2 nov. 1999, *J.T.*, 2000, p. 66, concl. av. gén. DE RIEMAECKER.

(56) Pour une illustration, Bruxelles, 30 nov. 2004, *Ann. prat. comm. & conc.*, 2004, p. 174, réformant Comm. Bruxelles (réf.), 9 mai 2003, *Ann. prat. comm. & conc.*, 2003, p. 621.

(57) Cf. Prés. Comm. Anvers, 9 août 2001, *Ann. prat. comm. & conc.*, 2001, p. 666, note G. BALLON. Voy. aussi Rennes, 31 mars 2000, confirme Trib. gr. inst. Rennes (réf.), 12 mars 1999, disponibles sur www.legalis.net (premières décisions françaises affirmant qu'un site internet est susceptible de constituer un support publicitaire).

(58) Cf. le Projet de loi sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2002-2003, n° 2100/1, p. 22, ainsi que l'exposé des motifs de la proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur, présentée par la Commission le 18 novembre 1998 (COM (1998) 586 final, p. 22).

énonce quelques règles complémentaires concernant la publicité par courrier électronique (ci-après, § 3).

§ 1. *Le principe d'identification*

Établi de longue date dans diverses législations nationales, le principe d'identification veut que la nature publicitaire du message apparaisse clairement, de manière à éveiller la vigilance de ses destinataires et à éviter toute confusion entre un message à but d'information et un message commercial.

La directive sur le commerce électronique précise, en son article 6, a), que « *la communication commerciale doit être clairement identifiable en tant que telle* ». Cette obligation n'était imposée, au niveau européen, ni par la directive sur la publicité trompeuse du 10 septembre 1984, ni par celle relative aux contrats à distance du 20 mai 1997 (59). La nature de l'internet et les techniques publicitaires déployées dans ce cadre expliquent aisément la raison d'être de cette obligation. En effet, l'internaute ignore souvent que certains messages (ainsi, les « bannières personnalisées ») proviennent, non du site consulté, mais d'un annonceur publicitaire, avec les risques de confusion qui s'ensuivent (60). Par ailleurs, nombre de messages commerciaux peuvent lui être adressés, à son insu, dans les différents espaces qu'il choisit de visiter (forums, *chat*...).

Le principe d'identification a été transcrit en droit interne comme suit : « dès sa réception, la publicité, étant donné son effet global et y compris sa présentation, est clairement identifiable comme telle. À défaut, elle comporte la mention « publicité » de manière lisible, apparente et non équivoque » (61). Remarquons qu'à la différence du texte européen, la loi belge exige en toutes hypothèses une identification claire de la publicité comme telle *dès sa réception*.

Nonobstant le silence du texte et de l'exposé des motifs de la directive du 8 juin 2000 sur ce point, on peut supposer qu'aux yeux du législateur européen, cette identification peut prendre différentes formes suivant le type de publicité et l'application concernée. Ainsi, sur

(59) Si ce n'est de façon marginale, dans ce dernier texte, à propos des communications téléphoniques. Conformément à l'article 4, § 3, le fournisseur est tenu d'indiquer explicitement au début de toute conversation avec le consommateur son identité et le but commercial de l'appel.

(60) À ce sujet, E. MONTERO, *Les contrats de l'informatique et de l'internet*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 200, n° 148 ; D. GOBERT, « La publicité sur Internet – Le droit en (r)évolution », *Rev. Ubiquité* (actuellement, *R.D.T.I.*), n°7, 2000, pp. 74-75.

(61) Article 13, 1°, de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, tel que modifié par l'article 72 de la loi-programme du 9 juillet 2004 (*M.B.*, 15 juillet 2004, 2° éd., p. 55590).

une page web, on peut imaginer de distinguer clairement les publicités des autres informations, soit par un jeu de couleurs, soit par la délimitation d'une zone spéciale identifiée sous l'intitulé « publicité », soit de toute autre manière appropriée. Quant aux bannières publicitaires ou aux *pop-ups*, d'ordinaire, ils sont par eux-mêmes aisément identifiables en tant que publicités. À défaut, ils devront être affublés de la mention « publicité ».

§ 2. *Le principe de transparence et de loyauté*

L'article 13, 2°, de la loi du 11 mars 2003 sur les SSI exige une identification claire de la personne pour le compte de laquelle la publicité est faite. À cet égard, il n'est pas nécessaire que ces informations figurent directement dans le message publicitaire ; un lien hypertexte permettant à l'internaute d'accéder aux informations concernées suffit (62). Dans les divers cas visés, le prestataire pourra donc se contenter d'offrir un hyperlien depuis la publicité vers les coordonnées de la personne qui effectue ou bénéficie de la communication.

Par ailleurs, l'article 13, 3° et 4°, de la loi exige une identification claire, en tant que tels, des offres promotionnelles (63) et des concours ou jeux promotionnels. Les conditions pour bénéficier des premières ou participer aux seconds doivent être « aisément accessibles et présentées de manière précise et non équivoque ».

§ 3. *Principes complémentaires relatifs à la publicité par courrier électronique*

A. – Propos liminaires – La plaie du *spamming*

Point n'est besoin de décrire longuement le phénomène du *spamming*, bien connu de tous ceux qui utilisent un tant soit peu le courrier électronique.

L'envoi massif et souvent répété de courriers électroniques non sollicités, communément appelé *spamming*, entraîne divers désagréments pour les destinataires (engorgement des boîtes aux lettres, coûts supplémentaires de connexion, affaiblissement des capacités du navigateur), pour les fournisseurs d'accès à l'internet (hausse des coûts liée à la nécessité d'élargir la bande passante et d'accroître la mémoire disponible pour stocker l'augmentation du volume des messages ; baisse de qualité du service offert due à l'encombrement provoqué par

(62) Voy. le commentaire de l'article 14 du projet de loi (devenu l'article 13 de la loi), Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2002-2003, n° 2100/1, p. 37.

(63) Telles que les annonces de réduction de prix et offres conjointes.

l'afflux massif de messages ; atteinte à l'image du FAI) et, plus généralement, pour le réseau (64). Par ailleurs, le *spamming* est souvent perçu comme une intrusion dans la vie privée car il est réalisé dans un contexte de collecte « sauvage » et non consentie des adresses de courrier électronique, au mépris des principes posés par les législations relatives aux données à caractère personnel (65). On ajoutera que les *spams* ont souvent un contenu illicite (publicités interdites, arnaques, escroqueries...) et/ou préjudiciable (messages de nature à contrarier les valeurs de leurs destinataires, adultes ou enfants) (66).

Dans une excellente brochure d'information sur le sujet, le Service public fédéral Économie, P.M.E., Classes moyennes et Énergie n'hésite pas à écrire que « le phénomène du spam mine la confiance des internautes dans l'utilisation du courrier électronique, et plus généralement de l'internet et du commerce électronique » (67). À telle enseigne que le législateur a jugé bon de réglementer spécifiquement cette pratique.

Encore faut-il préciser que les règles ainsi adoptées, et exposées ci-après (68), ont un domaine d'application relativement limité. Elles concernent seulement l'envoi de *publicités* non sollicitées par courrier électronique, et ne sont donc pas d'un grand secours pour faire face aux nombreux *spams* non strictement publicitaires : messages à caractère politique, associatif, religieux..., ou encore *phishing* (69), « lettres

(64) Cf. le considérant n° 30 de la Directive sur le commerce électronique du 8 juin 2000, qui souligne ce risque de perturbation des réseaux.

(65) Voy., p. ex., Cass. fr. (ch. crim.), 14 mars 2006, www.legalis.net (collecte de données nominatives concernant des personnes physiques par un moyen illicite et déloyal, à savoir l'utilisation des logiciels « Robot Mail » et « Freeprospect », permettant d'aspirer sur Internet des adresses électroniques de personnes physiques aux fins de diffuser des messages publicitaires auprès des titulaires de ces adresses).

(66) Pour illustration en jurisprudence, Paris (11^e ch., A), 31 oct. 2005, *Communication – Commerce électronique*, juillet-août 2006, p. 37, note A. LEPAGE (envoi en quelques jours de dizaines de publicités de sites pornographiques à l'adresse de messagerie électronique de la partie civile, ces messages pouvant être lus par les enfants de cette dernière).

(67) SPF Économie, P.M.E., Classes moyennes et énergie, *Le « spamming » en 24 questions et réponses*, 2005, p. 6 (brochure disponible, en français et en néerlandais, sur le site du Service public fédéral).

(68) Notre exposé reprend et actualise la présentation faite dans notre ouvrage *Les contrats de l'informatique et de l'internet*, op. cit., pp. 205-209. Pour d'autres commentaires, W. SCHREURS, « Spam en elektronische reclame », *NjW*, 2003, liv. 48, pp. 1174-1185.

(69) *Le phishing* (« hameçonnage ») est une fraude consistant à se présenter, généralement par e-mail, sous la fausse identité d'un prestataire ou d'un organisme reconnu (une banque, un portail...) afin de soutirer au destinataire des données confidentielles telles que ses numéros de comptes bancaires, son identifiant et mot de passe, son numéro d'assurance sociale, sa date de naissance, son numéro de permis de conduire, le numéro et la date d'expiration de sa carte de crédit, etc. Pour une illustration récente, Trib. gr. inst. Paris, 21 sept. 2005, *Communication – Commerce électronique*, févr. 2006, p. 47, note E. CAPRIOLI (en l'espèce, un étudiant avait créé une page d'enregistrement imitant celle du site MSN ; « harponnées » sur des forums de discussion par des messages promou-

nigérianes » (70) et autres arnaques destinées à escroquer l'internaute (p. ex. le « scam offre d'emploi » (71) ou le « scam loterie » (72)). Est-ce à dire que les *spams* non publicitaires peuvent prospérer en toute impunité ? Nullement. Ils sont en effet susceptibles de tomber sous le coup de divers autres dispositifs légaux : lois de protection de la vie privée (73), droit pénal (incrimination de l'escroquerie, criminalité informatique...), lois relatives à la protection des consommateurs...

La question de l'envoi de publicités non sollicitées par courrier électronique a fait l'objet de longues tergiversations au niveau européen, les solutions proposées oscillant entre l'*opt-in* (interdiction de principe d'envoyer des publicités non sollicitées sans le consentement préalable du destinataire) et l'*opt-out* (autorisation de principe, à moins d'une opposition expresse du destinataire) (74). La directive sur le commerce électronique laissait le choix aux États membres entre l'un ou l'autre système (art. 7, 2) ; dès le départ, le législateur belge a opté pour un

vant l'adresse de son site, ses victimes, croyant se retrouver sur le vrai site MSN, étaient invitées à saisir leur identifiant et mot de passe).

(70) Également appelée « scam 419 » ou « scam africain ». On vise ici les courriers électroniques dont l'objectif est de soutirer de l'argent aux internautes crédules, en leur demandant de servir d'intermédiaires pour le transfert d'importantes sommes d'argent (soi-disant bloquées à l'étranger dans un contexte politique difficile) en échange d'un pourcentage sur la somme transférée. Si la victime accepte, elle devra, par exemple, ouvrir un compte en banque international et avancer divers fonds (faux frais de notaire ou d'avocats, pots-de-vin...) ... sans jamais recevoir en retour la somme promise.

(71) C'est une forme clé du *phishing*, permettant d'écouler l'argent volé. Une pseudo-société (ou une société réelle dont l'identité a été usurpée) envoie un e-mail pour proposer un job. Souvent, il est question d'un travail à domicile dans le domaine des paiements électroniques, qui consiste à effectuer des transferts de fonds. En réalité, il s'agit d'une arnaque visant à utiliser le compte en banque de l'internaute pour faire transiter des sommes d'argent, de manière à « blanchir » de l'argent volé à la faveur de diverses arnaques sur l'internet (vol de données bancaires, *phishing*...).

(72) Les escroqueries à la loterie concernent des avances de frais réclamées à la victime. En général, une « cible » reçoit un courrier électronique non sollicité, l'informant qu'elle a gagné un lot important à une loterie, même si elle n'y a pas participé. Pour recevoir le montant, le gagnant doit effectuer diverses démarches (remplir un formulaire sollicitant des informations personnelles, ouvrir un nouveau compte bancaire...) et consentir diverses avances de frais fictifs (frais de virement, taxes, droits de timbre...).

(73) Ainsi, l'envoi de messages de « prospection directe non commerciale » (démarchage politique, associatif, religieux...) est en principe soumis au consentement préalable du destinataire. Cf. SPF Économie, P.M.E., Classes moyennes et Énergie, *Le « spamming » en 24 questions et réponses*, 2005, pp. 10-12 ; Commission de protection de la vie privée, Avis du 2 avril 2004 sur les principes fondamentaux relatifs au respect de la vie privée par les partis et mandataires politiques sans l'utilisation des données à caractère personnel (à l'exception des listes des électeurs), p. 11, disponible sur le site web de la CPVP.

(74) Cf. M. DEMOULIN et E. MONTERO, « Les affres du 'spamming', entre protection de la vie privée et liberté du commerce », in *Le commerce électronique européen sur les rails ?...*, Cahiers du CRID, n° 19, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 144 et s. ; E. DROUARD et S. GAUTHRONET, « Communications commerciales non sollicitées et protection des données », étude réalisée pour le compte de la Commission européenne, DG Marché intérieur, janv. 2001, disponible sur le web (http://europa.eu.int/comm/internal_market/privacy/studies/spam_fr.htm).

régime d'*opt-in* (75). Bien lui en a pris, puisqu'il a ensuite été conforté dans son choix par la directive « vie privée et communications électroniques » (76), qui a finalement abouti à un compromis, sous la forme d'un régime de *soft opt-in* (soit un régime d'interdiction de principe sauf exceptions).

Ainsi, l'article 14 de la loi du 11 mars 2003 sur les SSI prévoit que, d'une part, l'utilisation du courrier électronique à des fins de publicité est interdite, sans le consentement préalable, libre, spécifique et informé du destinataire des messages (77), d'autre part, le Roi peut apporter des exceptions à cette interdiction (art. 14, § 1^{er}). En tout état de cause, un droit d'opposition est garanti au destinataire du message publicitaire (art. 14, § 2). Pour compléter le tableau, un certain nombre de pratiques déloyales propres aux *spammeurs* sont interdites, telles que l'usurpation de l'identité ou de l'adresse électronique d'un tiers, ainsi que la falsification des en-têtes de messages de courrier électronique (art. 14, § 3, 1° et 2°) (78). Enfin, en cas de litige, la preuve de l'obtention du consentement préalable devra être apportée par le prestataire (art. 14, § 4).

La notion de courrier électronique est définie largement par la loi sur les SSI comme « tout message sous forme de texte, de voix, de son ou d'image envoyé par un réseau public de communications qui peut être stocké dans le réseau ou dans l'équipement terminal du destinataire jusqu'à ce que ce dernier le récupère » (art. 2, 2°, de la loi). Selon l'exposé des motifs de la loi, cette définition – qui a été reprise de la directive « Vie privée et communications électroniques » (79) – vise

(75) Voy. l'article 15 de l'avant-projet de loi portant sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2002-2003, n° 2100/1, p. 67.

(76) Voy. l'article 13 de la directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques), *J.O.C.E.*, n° L 201 du 31 juillet 2002, p. 37. Pour une analyse, J. DHONT et K. ROSIER, « Directive vie privée et communications électroniques : premiers commentaires », in *Revue Ubiquité – Droit des technologies de l'information*, n° 15, 2003, pp. 7-46.

(77) Le même principe prévaut en ce qui concerne l'utilisation de systèmes automatisés d'appel sans intervention humaine et de télécopieurs à des fins de publicité personnalisée ; en revanche, sans préjudice de l'article 14 de la loi du 11 mars 2003 sur les SSI, les publicités personnalisées, diffusées au moyen d'autres techniques de communication à distance sont soumises à un régime d'*opt-out*. Cf. l'art. 29bis LPCC, introduit par la loi du 24 août 2005 visant à transposer certaines dispositions de la directive services financiers à distance et de la directive vie privée et communications électroniques (*M.B.*, 31 août 2005), et repris désormais à l'article 94/17 (nouveau) de la LPCC.

(78) Ces dispositions sont assorties de sanctions pénales. Cf. l'article 26, § 3, de la loi sur les SSI. Pour une illustration en jurisprudence française, Trib.gr.inst. Paris, 18 oct. 2006, www.legalis.net (condamnation d'une société qui s'était servie d'une fausse adresse Hotmail pour l'envoi massif de courriers électroniques publicitaires).

(79) Voy. l'article 2, h, de la directive « vie privée et communications électroniques ».

également les SMS, l'utilisation du *chat*, de la vidéoconférence, de la téléphonie vocale sur l'internet, voire les messages laissés sur les répondeurs téléphoniques ou sur les boîtes vocales de GSM (80).

B. – Nécessité d'un consentement préalable

Soulignons d'emblée que le régime d'*opt-in* instauré par l'article 14, § 1^{er}, de la loi vient s'ajouter aux dispositions légales et réglementaires protectrices de la vie privée, qui doivent être intégralement respectées (81). L'article 14 fixe des exigences supplémentaires, afin de s'assurer de la qualité du consentement recueilli auprès de la personne concernée pour l'envoi de publicités par courrier électronique. Dès lors, quand un prestataire collecte des adresses e-mail à des fins de *marketing* direct, il doit impérativement obtenir le consentement préalable, libre, spécifique et informé de la personne concernée (82).

Pour être valable, le consentement donné doit d'abord être *libre*, c'est-à-dire obtenu en dehors de toute pression. Aucun traitement discriminatoire ne peut être appliqué en cas de refus de la personne concernée (83). Le consentement doit en outre être *spécifique* et porter sur des traitements précisément définis, réalisés par des responsables déterminés et pour des finalités particulières. Ainsi, le consentement à recevoir des publicités par courrier électronique, donné à un prestataire déterminé, ne vaut qu'à l'égard de ce prestataire. Le prestataire ne pourra transmettre ces données à des tiers que si la personne concernée y a expressément consenti. Enfin, la personne doit être correctement *informée*, conformément à l'article 9 de la loi « vie privée », pour pouvoir consentir spécifiquement à recevoir des publicités par courrier électronique. À cet égard, il doit être clair que la collecte est effectuée à des fins de *marketing* direct. De même, le cas échéant, la personne concernée doit savoir si ses données seront transmises à des tiers, à des fins de *marketing*, pour pouvoir y consentir en connaissance de cause.

(80) Voy. le commentaire de l'article 2, 2^o, du projet de loi sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, Exposé des motifs, *op. cit.*, p. 17.

(81) En effet, la législation relative à la protection de la vie privée a un champ d'application horizontal et s'applique à tous les secteurs d'activités, y compris au traitement de données à des fins de *marketing* direct.

(82) Il ne peut plus se passer de ce consentement en invoquant la réalisation d'un intérêt légitime, mis en balance avec l'intérêt, les droits et libertés fondamentaux de la personne concernée (cf. l'article 5, f, de la loi « vie privée »).

(83) Concernant les difficultés que peut soulever l'appréciation d'une telle condition, voy. M.-H. BOULANGER, C. DE TERWANGNE, T. LÉONARD, S. LOUVEAUX, D. MOREAU et Y. POULLET, « La protection des données à caractère personnel en droit communautaire », *J.T.D.E.*, 1997, p. 127, n^o 20 ; T. LÉONARD et Y. POULLET, « La protection des données à caractère personnel en pleine (r)évolution. La loi du 11 décembre 1998 transposant la directive 95/46/C.E. du 24 octobre 1995 », *J.T.*, 1999, p. 380, n^o 7.

Dans le respect de ces conditions et des dispositions protectrices de la vie privée, les prestataires sont libres d'obtenir le consentement des personnes concernées par tout moyen approprié. Selon une pratique déjà courante, le consentement pourra être recueilli valablement via un coupon détachable dans un magazine, un bulletin d'inscription, un bon de commande ou encore un formulaire électronique contenant, en toute hypothèse, une case à cocher face à une mention marquant un accord à recevoir des e-mails publicitaires. Mais il n'est pas requis que le consentement soit écrit : il pourra aussi bien être obtenu oralement, par exemple à l'occasion d'un démarchage téléphonique du prestataire. S'il n'y a pas d'obligation de se constituer un écrit pour que le consentement soit valablement recueilli, cet écrit sera néanmoins bien utile au prestataire, puisque la preuve du caractère sollicité des publicités par courrier électronique lui incombe, en vertu de l'article 14, § 4, de la loi sur les SSI (84).

Le consentement ne doit pas davantage être exprès, pourvu qu'il soit indubitable. Néanmoins, il convient d'envisager la possibilité d'un consentement implicite avec la plus grande prudence. Il va de soi que le prestataire ne peut recourir à des manœuvres déloyales ou peu transparentes en vue d'obtenir un consentement à l'insu de la personne concernée (85). Le consentement en question serait davantage inconscient qu'implicite et ne saurait être valable. En dehors de ces pratiques douteuses, il est cependant des cas où une personne adopte un comportement tel que l'on pourrait en déduire l'expression d'un consentement tacite à recevoir des publicités par courrier électronique. L'on songe, par exemple, à l'hypothèse où une personne s'adresse directement au prestataire par voie électronique pour obtenir diverses informations, ou lui remet sa carte de visite lors d'une rencontre. Néanmoins, à l'instar du silence, il nous semble que la démarche réalisée par l'internaute doit être « circonstanciée » pour qu'on puisse en

(84) Ce texte n'exige cependant pas que la preuve soit littérale. L'obtention du consentement à recevoir des publicités par courrier électronique s'analysant en un fait juridique, cette preuve peut être rapportée par toutes voies de droit.

(85) On songe notamment à la technique des cases pré-cochées en face de la mention « Oui, j'accepte de recevoir des publicités par courrier électronique ». On pourrait déduire un consentement implicite du fait que l'internaute n'a pas décoché cette case... à moins qu'il ne l'ait simplement pas vue, dissimulée qu'elle était en bas du formulaire électronique ! Par ailleurs, certains prestataires proposent sur l'internet un service, un jeu, un concours gratuit, moyennant la fourniture de données à caractère personnel par l'utilisateur. Ainsi, le fait que le destinataire utilise le service marquerait son consentement implicite à recevoir en conséquence des e-mails publicitaires. Toujours est-il que ce consentement doit être libre, spécifique, informé et respectueux des législations protectrices de la vie privée, ce qui suppose notamment que le responsable du traitement informe clairement le destinataire que l'utilisation de ce service est conditionnée par la fourniture de données personnelles, à des fins de *marketing* direct.

déduire l'existence d'un tel consentement et apprécier sa portée (86). À nouveau, le problème posé est essentiellement lié à la preuve du consentement, non à sa validité.

Quant à la possibilité de solliciter le consentement du destinataire par courrier électronique, l'exposé des motifs de la loi sur les SSI l'écarte catégoriquement : « Vu la philosophie et les objectifs qui sous-tendent l'*opt-in*, il ne serait guère admissible que le consentement à recevoir des publicités par e-mail soit demandé par e-mail. Une telle pratique s'apparenterait à du *spamming*. L'accord devra donc être obtenu par d'autres moyens, moins intrusifs et suscitant davantage la confiance » (87).

S'il est envisageable que l'e-mail sollicitant le consentement à recevoir des publicités par courrier électronique soit strictement objectif, dépourvu de tout message promotionnel, le risque existe néanmoins qu'une telle possibilité soit rapidement détournée et que, sous prétexte de demander le consentement, l'annonceur glisse dans son e-mail des éléments à caractère promotionnel. La question est délicate : en cas d'abus, le régime établi serait sérieusement mis à mal. Toujours est-il que, nonobstant les considérations de l'exposé des motifs, la Direction générale de la Régulation et de l'Organisation du Marché (SPF Économie) admet que le courrier électronique soit utilisé pour l'obtention du consentement à recevoir des publicités par courrier électronique (88). Il est tiré argument du silence de l'article 14 de la loi du 11 mars 2003 quant à la manière d'obtenir le consentement préalable. Cette disposition prohibe l'utilisation du courrier électronique non sollicité à des fins publicitaires, sans interdire formellement son utilisation à d'autres fins, notamment pour demander un consentement libre, spécifique et informé. Dès lors, selon la Direction générale précitée du SPF Économie, cette possibilité ne saurait être, par principe, exclue. Encore le courrier électronique destiné à recueillir le consentement doit-il respecter une série d'exigences de manière à préserver les différents intérêts en présence :

- le prestataire doit collecter et traiter les adresses de courrier électronique dans le respect de la réglementation relative à la protection de la vie privée ;

(86) De manière générale, la principale difficulté pouvant se poser en présence d'un consentement implicite ou tacite est « de savoir si, en raison du caractère imprécis de cette manifestation, il y a réellement eu volonté. Mais nonobstant cette difficulté, le mode tacite de manifestation de volonté est valable, dès l'instant où il est certain qu'il y a eu volonté » (H. DE PAGE, *Traité*, t. III, 3^e éd., p. 528, n° 523).

(87) Voy. le commentaire de l'article 15 du projet de loi (devenu l'article 14 de la loi) sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, *op. cit.*, p. 38.

(88) Cf. *Le « spamming » en 24 questions et réponses*, document précité, pp. 12-13.

- l'objet du courrier électronique doit être suffisamment explicite : il s'agit d'obtenir le consentement afin de pouvoir envoyer à l'avenir des publicités à cette adresse ;
- ce premier courrier électronique ne peut contenir un message publicitaire et devrait idéalement informer le destinataire qu'il dispose d'un droit d'opposition (89) ;
- le courrier électronique ne peut comporter une mention présumant un consentement tacite du destinataire en l'absence de réponse de sa part dans un certain délai ;
- une nouvelle demande de consentement par courrier électronique ne doit plus pouvoir être adressée par le prestataire dans un délai raisonnable (2 ans) à un utilisateur qui n'a pas répondu ou n'a pas manifesté explicitement son consentement à l'envoi de publicités par courrier électronique.

C. – Exceptions au principe du consentement préalable

L'interdiction d'envoyer des publicités non sollicitées par courrier électronique est tempérée par deux exceptions, apportées par le Roi (90), en conformité à la directive « vie privée et communications électroniques ».

En vertu de la première exception, le prestataire est dispensé de solliciter le consentement préalable lorsqu'il a obtenu l'adresse de courrier électronique directement auprès de ses clients (91), dans le cadre de l'achat d'un produit ou d'un service, dans le respect des dispositions protectrices de la vie privée (art. 1^{er}, 1^o, de l'arrêté royal). Il peut alors utiliser cette adresse pour faire parvenir à son client des publicités, à condition que ces dernières concernent des produits ou services *analogues* que lui-même fournit. Il ne lui est donc pas permis de transmettre cette adresse à des tiers ou de faire de la publicité pour d'autres produits ou services sans le consentement préalable de la personne concernée. À cet égard, selon le rapport au Roi, sont considérées comme des tiers les entreprises appartenant au même groupe de sociétés que le prestataire (filiales, sociétés sœurs, sociétés mères...) étant donné qu'il s'agit de personnes juridiques différentes. Quant à la notion de produits analogues, elle semble pour l'heure assez floue et sou-

(89) Cette notion est commentée plus loin.

(90) Arrêté royal du 4 avril 2003 visant à réglementer l'envoi de publicités par courrier électronique, *M.B.*, 28 mai 2003 (ci-après, « l'arrêté royal »).

(91) L'arrêté royal précise que la notion de client couvre les personnes physiques ou morales (cf. art. 1^{er}, 1^o). À tort, pensons-nous, notamment au motif que la disposition commentée se présente comme une dérogation au régime de l'*opt-in* qui ne concerne que les personnes physiques. Voy. aussi J. DHONT et K. ROSIER, *op. cit.*, p. 29.

lève d'ores et déjà de nombreuses questions. Tout en pointant ces difficultés, le rapport au Roi se limite prudemment à considérer comme analogues les produits ou services appartenant à la même catégorie, dans l'attente qu'une interprétation se développe progressivement au niveau européen (92). Enfin, si le consentement préalable de la personne concernée ne doit pas être obtenu, le prestataire doit néanmoins lui permettre d'exercer son droit d'opposition, sans frais et de manière simple, au moment où ses coordonnées électroniques sont recueillies.

Une seconde exception concerne l'envoi de publicités non sollicitées par courrier électronique à des personnes morales (art. 1^{er}, 2^o, de l'arrêté royal) (93). Dans cette hypothèse, il n'est pas nécessaire d'obtenir de consentement préalable lorsque les coordonnées électroniques utilisées sont impersonnelles, mais la personne morale dispose en tout état de cause d'un droit d'opposition. Sont essentiellement visées par l'exception les adresses de courrier électronique permettant d'entrer en contact avec une personne morale ou certains de ses services ou branches d'activité, comme par exemple les adresses du type `info@...`, `contact@...`, *etc.* Par contre, le rapport au Roi précise que les adresses de courrier électronique attribuées personnellement à chacun de ses employés par une personne morale (du type `nom.prénom@company.be`) doivent être considérées comme des adresses de personnes physiques, qu'elles soient utilisées à des fins professionnelles ou privées. Le consentement préalable de ces personnes est donc obligatoire pour que des publicités par courrier électronique puissent leur être adressées.

D. – Reconnaissance d'un droit d'opposition

Une fois le consentement obtenu conformément à l'article 14, § 1^{er}, il ne doit pas être demandé à nouveau lors de chaque envoi de publicités par e-mail. En effet, selon nous, le consentement obtenu vaut une fois pour toutes, dans les limites des finalités du traitement auxquelles la

(92) Ainsi, le rapport au Roi précise que « par exemple – et, pour l'heure, à titre conjectural –, on pourrait considérer comme produits analogues les CDs, les DVDs, les cassettes vidéo et, éventuellement, les livres. De même, les assurances incendie et les assurances vie peuvent être considérées comme des produits analogues, appartenant à la catégorie des assurances. Toutefois, il ne sera pas toujours facile pour le prestataire de déterminer si deux produits ou services appartiennent à la même catégorie (ex. : une entreprise de banque-assurance autorisée à envoyer des publicités par courrier électronique pour des produits d'assurance peut-elle également adresser de semblables publicités pour des produits bancaires ?) ».

(93) Si elle n'est pas expressément prévue par la directive « Vie privée et communications électroniques », une telle exception n'est pas interdite. En effet, l'article 13, § 5, de la directive précise que les États membres doivent veiller à ce que les intérêts légitimes des personnes morales soient suffisamment protégés en ce qui concerne les communications non sollicitées, sans exiger pour autant l'obtention d'un consentement préalable. Un régime d'*opt-out* à l'égard des personnes morales peut donc suffire à rencontrer cette exigence.

personne concernée a consenti. Toutefois, cette dernière a le droit de retirer son consentement à tout moment, en exerçant son droit d'opposition. Il en est ainsi non seulement lorsque le prestataire a préalablement obtenu son consentement, mais évidemment aussi lorsqu'il en est dispensé par application des exceptions.

L'article 14, § 2, oblige les prestataires à fournir une information claire et compréhensible concernant le droit de s'opposer, pour l'avenir, à la réception de telles publicités. Il doit mettre à la disposition de la personne concernée un moyen approprié d'exercer efficacement ce droit par voie électronique (en répondant à l'e-mail, en cliquant sur un hyperlien renvoyant au site du prestataire...).

L'article 2 de l'arrêté royal visant à réglementer l'envoi de publicités par courrier électronique détermine les modalités selon lesquelles ce droit peut s'exercer. Il précise que le droit d'opposition est ouvert à toute personne (physique ou morale), sans frais ni indication de motifs. Lorsqu'un prestataire reçoit une telle notification, il est tenu d'envoyer à la personne concernée, dans un délai raisonnable et par courrier électronique, un accusé de réception lui confirmant l'enregistrement de sa demande. À partir de cet instant, il doit évidemment se conformer à la volonté de cette personne et cesser tout envoi de publicités à cette adresse. En outre, selon le rapport au Roi, si la personne avait consenti, à l'origine, à la transmission de ses données à des tiers, son adresse ne pourra plus être transmise après la notification. On relève que cette solution ne permet pas de rencontrer pleinement le souhait de la personne qui ne désirerait plus recevoir aucune publicité par courrier électronique, non seulement de la part du prestataire, mais aussi des tiers auxquels ce dernier aurait transmis ses données (avec son accord). À cet égard, l'arrêté royal fait l'impasse sur la mise en place d'un système centralisé d'opposition. Néanmoins, dans l'attente d'une éventuelle initiative du législateur en la matière, il est toujours possible de s'inscrire dans une des listes d'opposition existantes (94).

SECTION 2. – APPLICATIONS PARTICULIÈRES

La publicité sur l'internet se présente sous une infinie variété de formes. Nous en avons évoqué quelques-unes en passant. Notre propos est à présent de confronter les principes exposés à quelques techniques de publicité sur le net, choisies essentiellement en fonction de leur relative nouveauté ou de leur succès.

(94) Telle la liste Robinson mise en place et gérée par l'Association Belge de Marketing Direct (ABMD).

On se penche, tour à tour, sur les *pop-ups* (sous-section 1), le référencement par les outils de recherche (sous-section 2), le marketing viral (sous-section 3), le splog (sous-section 4), le spim (sous-section 5) et le spit (sous-section 6).

SOUS-SECTION 1. – *Les pop-ups*

Au cours de sa navigation sur le Web, l'internaute se trouve régulièrement confronté à l'apparition de *pop-ups*, s'affichant à l'écran de façon impromptue. Il s'agit de fenêtres qui s'ouvrent automatiquement lors de la consultation d'un site web et contiennent une information ou, plus souvent, une publicité.

Dans tous les cas où le *pop-up* contient un message à caractère publicitaire, il est soumis, de toute évidence, aux principes applicables à toutes les formes de publicité et, singulièrement, aux principes d'identification et de transparence régissant les publicités sur les réseaux. Généralement, les *pop-ups* publicitaires sont, d'emblée, clairement identifiables comme publicité, même s'ils ne comportent pas la mention « publicité ». Mais il arrive que des *pop-ups* affichent, de prime abord, un caractère non publicitaire et se révèlent publicitaires suite à l'un ou l'autre clic. Désormais, le caractère publicitaire doit être manifeste dès la réception. En ce qui concerne le principe de transparence, on note que la plupart des *pop-ups* publicitaires affichent clairement le type de produit ou service concerné et permettent une identification claire de la personne pour le compte de laquelle la publicité est faite.

Cela étant, même s'ils sont scrupuleusement respectés, ces principes ne mettent pas l'internaute à l'abri des *pop-ups* non désirés. D'où l'intérêt de savoir si un *pop-up* peut être considéré comme un courrier électronique, soumis, à ce titre, au régime de l'*opt-in* (dans la mesure où il contient une publicité).

Pour rappel, aux termes de l'article 2, 2°, de la loi du 11 mars 2003 sur les SSI, le courrier électronique est « *tout message sous forme de texte, de voix, de son ou d'image envoyé par un réseau public de communications qui peut être stocké dans le réseau ou dans l'équipement terminal du destinataire jusqu'à ce que ce dernier le récupère* ». Il ne fait pas de doute que le *pop-up* est un message envoyé, sous une forme ou sous une autre, par un réseau public de communications.

Néanmoins, la suite de la définition s'accorde moins à la réalité du *pop-up*. Sa caractéristique est d'être un message apparaissant à l'écran en cours de navigation et disparaissant lorsque le destinataire n'est plus

en ligne. À aucun moment, il n'est « stocké », ni au niveau du réseau, ni dans l'équipement terminal du destinataire. Tout au plus le *pop-up* est-il temporairement présent dans la mémoire vive de l'équipement terminal, juste avant et pendant son apparition. Mais, de toute façon, il n'y a pas d'action de récupération spécifique de la part du destinataire. Les *pop-ups* ne peuvent donc être considérés comme des courriers électroniques. Par conséquent, ils ne sont pas soumis au régime de l'*opt-in* (obligation d'obtenir le consentement préalable de l'internaute). Cette analyse a été confirmée par M. Liikanen, s'exprimant au nom de la Commission européenne, en réponse à une question parlementaire (95).

Dans son état actuel, le droit n'offre aucune parade à l'apparition – souvent irritante pour l'internaute – de *pop-ups*. C'est donc du côté de la technique qu'il faut chercher des solutions. Il existe des moyens techniques permettant de bloquer les *pop-ups*, mais ils ne représentent pas la panacée. Ils sont inaptes à séparer le bon grain de l'ivraie, les messages informatifs des publicités, ne permettant qu'un blocage total (96). Une solution, parfois avancée, serait d'imposer la mise à disposition d'éléments techniques au niveau du *pop-up* afin que le système puisse reconnaître la mention publicité dans le script java du *pop-up* et, ainsi, bloquer les seuls *pop-ups* publicitaires. Une intervention du législateur en ce sens est cependant peu réaliste.

SOUS-SECTION 2. – *Le référencement par les outils de recherche*

Les outils de recherche ou « instruments de localisation de l'information » sur l'internet, parmi lesquels on distingue d'ordinaire les annuaires et les moteurs de recherche (97), jouent un rôle non négligeable dans la promotion des sites.

Rappelons que le moteur de recherche est « un logiciel d'exploration, appelé 'robot', qui visite en continu les pages web et les indexe de manière automatique dans une base de données, en fonction des mots-clés

(95) Réponse donnée par M. Liikanen, au nom de la Commission européenne, 27 janvier 2003, *J.O.C.E.*, n° C 155 E du 3 juillet 2003, pp. 148-149.

(96) Selon M. Liikanen, les utilisateurs de Windows peuvent empêcher les messages *pop-ups* d'entrer dans leur équipement terminal en fermant le programme Messenger de Windows (réponse du 27 janvier 2003, précitée).

(97) Cf. S. PIRLOT DE CORBION, « La responsabilité des fournisseurs d'outils de recherche sur Internet », *D.A.O.R.*, n° 72, 2004, pp. 12-28, spéc. p. 13 ; M. VIVANT, « A la recherche des moteurs », *Communication – Commerce électronique*, avril 2001, p. 8 ; S. DUSOLLIER, « Les outils de références : les cartes au trésor de l'internet », in E. MONTERO (dir.), *Droit des technologies de l'information – Regards prospectifs*, Cahiers du CRID, n° 16, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 33 et s.

qu'elles contiennent » (98). Le résultat d'une recherche se présente à l'écran sous la forme d'une collection de liens hypertextes qui renvoient vers des sites. Ceux-ci sont retenus en fonction d'un « score de pertinence » (99). Plusieurs facteurs influencent le référencement dans les moteurs de recherche : mots clés présents dans l'adresse du site (URL), dans le titre et les premiers mots du site, fréquence des mots sur les pages (méthode du *scoring*), *link popularity* (100), *metatags*...

Les *metatags* – « balises méta », en français – sont des mots clés insérés dans la version html (c'est-à-dire le code source) d'un site web. Invisibles pour les visiteurs des pages web (101), ils sont lus par les moteurs de recherche qui balaient le Web en vue de procéder au référencement des sites. Grande est la tentation pour un titulaire de site web d'introduire parmi ses *metatags* des mots fréquemment utilisés dans les recherches par mot-clé (le nom d'un grand sportif ou d'une star, un nom commercial ou la marque d'un concurrent prestigieux...) afin d'optimiser son indexation au sein des moteurs de recherche. Ainsi peut-il espérer attirer sur son site des visiteurs qui étaient en quête d'autres ressources sur le net (102).

Ce genre de pratiques a suscité un important contentieux. L'utilisation de la marque d'un concurrent comme *metatag* est considérée comme un acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale. On y voit également un usage illicite et préjudiciable de la marque d'autrui, ou encore une forme de concurrence déloyale ou parasitaire (103).

(98) Th. VERBIEST, *Commerce électronique : le nouveau cadre juridique*, Bruxelles-Paris, Larcier-L.G.D.J., 2004, p. 30.

(99) *Ibid.*

(100) Des robots comptabilisent le nombre d'hyperliens sur le Web qui renvoient vers les sites et optimisent l'indexation des sites les plus pointés par le biais des liens.

(101) Sauf s'ils activent la fonction permettant de visualiser le code source des pages html.

(102) À ce sujet, voy., par exemple, A. CRUQUENAIRE, « Le choix de mots clés dans les métatags d'un site web : les tribunaux invitent à la prudence », note sous Prés. Comm. Bruxelles (cess.), 4 févr. 2002, *R.D.T.I.*, 2002/12, pp. 91 et s. ; Th. VERBIEST, « Entre bonnes et mauvaises références. À propos des outils de recherche sur Internet », *AM*, 1999/1, pp. 34 et s. ; C. CURTELIN, « L'utilisation des liens hypertextes, des frames ou des métatags sur les sites d'entreprises commerciales », *D.I.T.*, 1999/3, pp. 6-21.

(103) Voy. les décisions commentées par A. CRUQUENAIRE, « Droit des signes distinctifs (marque, nom commercial) », in *Droit de l'informatique et des technologies de l'information. Chronique de jurisprudence 1995-2001*, Dossier du Journal des Tribunaux, n° 41, Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 89 et s., n°s 94 à 96, et par A. STROWEL, « Commerce électronique et propriété intellectuelle : noms de domaine, contenu en ligne, bases de données, liens hypertextes, metatags, communautés en ligne », in *Le droit des affaires en évolution – Le commerce électronique*, Bruxelles-Anvers, Bruylant-Kluwer, 1999, pp. 93-134, spéc. pp. 125-131. Voy. aussi Trib.gr.inst. Paris, 29 oct. 2002, www.legalis.net (contrefaçon et atteinte au nom commercial de la société concurrente dont la marque a été utilisée comme balise méta).

Cela étant, la question essentielle qui nous occupe est la suivante : le référencement par les outils de recherche, en général, et les *metatags*, en particulier, doivent-ils être regardés comme une forme de publicité ?

On rappelle que, dans la loi du 11 mars 2003 sur les SSI, la publicité est définie comme « toute forme de communication destinée à promouvoir, directement ou indirectement, des biens, des services, ou l'image d'une entreprise, d'une organisation ou d'une personne ayant une activité commerciale, industrielle, artisanale ou exerçant une profession réglementée » (art. 2, 7°).

Manifestement, le référencement payant, en particulier le positionnement payant, est couvert par cette définition. Il suppose effectivement une démarche volontaire du titulaire du site visant, moyennant une contrepartie financière, à accroître la visibilité de celui-ci de manière à promouvoir ses produits et services. Les règles relatives à la publicité sont dès lors pleinement applicables à cette hypothèse. Ainsi en est-il, en particulier, du principe d'identification. Afin que ce type de liens soit reconnaissable par l'utilisateur comme publicité, la plupart des outils de recherche veillent à présenter ces liens payés comme « liens promotionnels », « liens sponsorisés » ou « liens commerciaux » et à les faire apparaître dans un espace distinct de celui réservé aux liens traditionnels (104). Les autres règles régissant la publicité sont également de mise : ainsi, les principes de transparence et de loyauté, l'interdiction de la publicité trompeuse ou mensongère, dénigrante ou prêtant à confusion, les conditions auxquelles est soumise la publicité comparative. Pourrait ainsi être considéré comme une publicité trompeuse le positionnement acheté par un site concernant un mot clé sans rapport avec son activité ou utilisant la marque d'autrui sans l'autorisation du titulaire de celle-ci (105).

(104) En ce sens, voy. S. PIRLOT DE CORBION, « La responsabilité des fournisseurs d'outils de recherche sur Internet », *D.A.O.R.*, n° 72, 2004, p. 23 ; C. FABRE, « Moteur de recherche et positionnement payant par lien hypertexte publicitaire : qualification juridique et responsabilité », *Expériences*, oct. 2005, pp. 340 et s. (1^{re} partie) ; nov. 2005, pp. 376 et s. (2^e partie).

(105) Pour des illustrations jurisprudentielles, Paris (4^e ch.), 28 juin 2006, www.legalis.net; Comm. Paris (15^e ch.), 24 nov. 2006, www.legalis.net ; Versailles (12^e ch.), 2 nov. 2006, www.legalis.net; Trib.gr.inst. Paris (3^e ch.), 31 oct. 2006, www.legalis.net ; Trib.gr.inst. Paris (3^e ch.), 12 juillet 2006, www.legalis.net; Trib.gr.inst. Paris (3^e ch.), 27 avril 2006, www.legalis.net; Trib. gr. inst. Paris (3^e ch.), 9 mars 2006, www.legalis.net; Trib.gr.inst. Nice (3^e ch.), 7 févr. 2006, *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, n° 14 du 1^{er} mars 2006 ; Trib.gr.inst. Nanterre (2^e ch.), 17 janv. 2005, *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, n° 2 du 1^{er} février 2005 ; Trib.gr.inst. Nanterre (2^e ch.), 14 déc. 2004, www.legalis.net. Certaines de ces décisions et d'autres sont commentées par S. PIRLOT DE CORBION, « Le référencement par les outils de recherche face au droit des marques », in *La protection des marques sur Internet*, Cahiers du CRID, n° 28, Bruxelles, Bruylant, 2007, spéc. pp. 137 et s.

Plus délicate est la question de savoir si le référencement traditionnel, non payant, au sein d'un moteur de recherche constitue de la publicité. L'indexation se fait ici de manière automatique, en principe sans intervention du titulaire du site, notamment par le biais des *metatags* reconnus et traités par les moteurs de recherche. C'est ainsi que l'on a pu se demander si un *metatag* est une forme de publicité.

Dans un arrêt du 9 octobre 2000, la Cour d'appel d'Anvers a estimé que « *l'utilisation dans un site web d'un metatag comportant le nom de marque d'un concurrent ne peut être considérée comme une publicité comparative autorisée, étant donné que l'utilisation d'un metatag ne fait aucunement ressortir les différences entre produits de manière objective, et que de plus un metatag ne peut même pas être considéré comme une forme de publicité. Un metatag n'est en effet pas une communication mais un terme compris dans le langage de programmation d'un site web, qui est reconnu par les moteurs de recherche mais est invisible pour l'utilisateur. En d'autres termes, il n'est qu'un moyen technique servant à augmenter la probabilité que le site web en question soit mentionné parmi les résultats d'un moteur de recherche, lors de la recherche par le biais d'un certain terme* » (106).

Cette appréciation sagace mérite un commentaire nuancé. L'hésitation est permise car les frontières de la notion de publicité ne sont pas nettes ; dès lors, il n'est pas toujours aisé de faire le départ entre des messages purement informationnels et des messages à caractère publicitaire (107).

A priori, nous ne sommes pas portés à considérer que tout *metatag* en tant que tel est une publicité, pas plus que le référencement automatique et gratuit dans les moteurs de recherche. Ils contribuent certes à promouvoir indirectement les biens, les services ou l'image de l'entreprise ou de l'organisation concernée, mais au même titre, nous semble-t-il, qu'un site web ou d'autres informations permettant l'accès direct à l'activité de l'entreprise, de l'organisation ou de la personne (notamment un nom de domaine ou une adresse de courrier électronique), qui ne sont pourtant pas regardés comme de la publicité (108). En ce sens, les considérations de la Cour d'appel d'Anvers

(106) Anvers (cess.), 9 octobre 2000, *AM*, 2001, liv. 2, p. 287, note E. STROOBANTS, *Ann. Prat. comm. & Conc.*, 2000, p. 445, *R.W.*, 2000-2001, p. 1093, *R.D.C.*, 2001, p. 407, note S. EVRARD, confirme Prés. Comm. Anvers (cess.), 16 mars 2000, *AM*, 2001, liv. 2, p. 285, *Computerr.*, 2001, p. 81, *Ann. Prat. comm. & Conc.*, 2000, p. 101, *R.D.C.*, 2001, p. 408, note S. EVRARD.

(107) Cf. C. FÉRAL-SCHUHL, *Cyberdroit – Le droit à l'épreuve de l'internet*, Paris, Dunod, 1999, p. 206.

(108) Voy. l'art. 2, 7°, al. 2, de la loi du 11 mars 2003 sur les SSI et le commentaire de cette disposition (Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2002-2003, n° 2100/1, p. 22) et, en amont, l'exposé des motifs de la proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil

ne sont pas dénuées de pertinence. Comment d'ailleurs appliquer ici les règles relatives à la publicité ? Un *metatag en tant que tel* ne saurait être identifiable comme publicité puisqu'il est invisible pour l'internaute. Pour la même raison, il ne saurait tromper, dénigrer ou prêter à confusion, ni procéder à une comparaison objective puisqu'il ne s'adresse pas à l'esprit humain mais aux moteurs de recherche.

D'un autre côté, la publicité est définie de manière particulièrement large et les résultats affichés à l'écran (sous la forme d'une liste d'hyperliens) par l'outil de recherche interrogé peuvent être trompeurs ou prêter à confusion... Ainsi que le souligne l'arrêt précité de la Cour d'appel d'Anvers, « *l'utilisation de la marque d'un concurrent comme metatag est un acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale. Cette utilisation porte atteinte au pouvoir distinctif de ce nom de marque, étant donné que l'internaute qui recherche des informations internet concernant ce nom de marque dans la liste de données trouvées par le moteur de recherche, y retrouve de ce fait le nom et la description de l'activité d'un concurrent direct. Ceci pourrait créer dans le cercle d'utilisateurs visé la fausse impression qu'il existe un lien économique ou d'organisation entre les deux entreprises* ».

Au total, le régime de la publicité n'aurait théoriquement pas lieu de s'appliquer lorsque l'indexation du site s'est faite de manière automatique, gratuite, sans la moindre intervention du titulaire, sur la base de *metatags* « incontournables », insérés dans le seul dessein de faciliter l'accès au site. Au contraire, dès l'instant où le choix des *metatags* et le référencement, même gratuit, sont le fruit d'une stratégie de promotion de biens ou services, visant à optimiser l'indexation dans les moteurs de recherche, ils s'inscrivent dans une logique de publicité et les règles y relatives seront pleinement applicables (109). Observons que cette démarche volontaire du titulaire du site en vue de promouvoir ses biens et services ne fera pas de doute chaque fois qu'il a pris soin d'introduire parmi ses *metatags* un nom de star ou de marque sans réel rapport avec ses activités. Dans cette hypothèse, certaines règles relatives à la publicité pourront être de mise (p.ex. l'interdiction de la publicité trompeuse), indépendamment du recours possible à d'autres bases légales (acte contraire aux usages honnêtes, atteinte à un droit de marque, concurrence déloyale...).

relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur, présentée par la Commission le 18 novembre 1998 (COM (1998) 586 final, p. 22).

(109) Rappr. S. PIRLOT DE CORBION, « La responsabilité des fournisseurs d'outils de recherche sur Internet », *op. cit.*, pp. 23-24 ; Th. VERBIEST, *Commerce électronique : le nouveau cadre juridique*, *op. cit.*, pp. 30-31.

SOUS-SECTION 3. – *Le marketing viral*

Il est une nouvelle forme de promotion particulièrement prisée des annonceurs : les campagnes publicitaires dites de « marketing viral ». Leur fréquence et leur succès sont suffisamment significatifs pour avoir attiré l'attention du SPF Économie qui lui a consacré un document spécifique (110). Tout y est expliqué de manière claire et précise. Qu'il nous soit permis d'y renvoyer le lecteur et de nous en tenir ici à l'essentiel.

Cette nouvelle technique de marketing part d'un constat : les internautes sont saturés de publicités sur le Web (111). Pour les intéresser, celles-ci doivent donc leur être adressées, non sous le couvert d'une marque, mais à la faveur d'une relation qui suscite la sympathie. Il s'agit, en d'autres termes, d'instrumentaliser l'internaute lui-même en agent de promotion.

L'idée est simple et efficace : une campagne de marketing viral fonctionne sur le principe du bouche-à-oreille dans l'environnement numérique. Tout commence avec la diffusion d'un message contenant une image, une animation, une vidéo, à caractère humoristique ou ludique, qui attise chez ses destinataires l'envie de le transmettre à d'autres personnes, collègues et amis. Un message suscite parfois un véritable engouement des internautes qui, amusés, le transfèrent à leurs proches, lesquels, à leur tour, en font autant... et ainsi de suite, en manière telle que, par un effet « viral » ou « boule de neige », le message en vient parfois à faire le tour du monde.

Il arrive aussi que les internautes soient clairement invités à diffuser le message auprès du plus grand nombre, voire encouragés à cet effet par une promesse de prime ou récompense.

À ce stade, aucune marque n'apparaît encore dans les messages et aucun lien ne peut être fait avec l'annonceur. Le caractère publicitaire des messages n'apparaîtra que bien plus tard. L'annonceur attendra, en effet, que la campagne ait rencontré le succès escompté pour dévoiler sa marque et récolter les dividendes de l'opération.

La Direction générale de la Régulation et de l'Organisation du marché du SPF Économie considère que la réglementation de la publicité n'interdit pas ce genre de campagne publicitaire, pourvu qu'elle soit

(110) SPF Économie, P.M.E., Classes moyennes et Énergie, *La légalité du « marketing viral »*, sept. 2005 (disponible en français et en néerlandais sur le site du Service public fédéral).

(111) M. DEMOULIN, « Information et transparence sur les réseaux », in E. MONTERO (dir.), *Le commerce électronique européen sur les rails ? Analyse et propositions de mise en œuvre de la directive sur le commerce électronique*, Cahiers du CRID, n° 19, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 112-113, n° 205.

menée dans le strict respect des lois du 14 juillet 1991 et du 11 mars 2003. Il est évident que les messages diffusés visent *in fine* à promouvoir un bien ou un service. À ce titre, ils peuvent être qualifiés de publicités, même si le caractère publicitaire de la campagne n'apparaîtra pas d'emblée mais seulement au terme de l'opération.

Est ainsi posée la question du respect du principe d'identification *dès la réception* et, à défaut, celle de l'obligation d'indiquer la mention « publicité ». Généralement, dans le cadre d'une campagne de marketing viral, les messages ne seront pas identifiables comme publicités *ab initio* ; c'est tout l'intérêt du recours à cette technique : il s'agit précisément de jouer sur l'ambiguïté pour ne pas effaroucher les destinataires mais, au contraire, les prendre au jeu, plus encore les utiliser comme vecteurs de promotion (112). Par conséquent, dès le début d'une telle campagne, l'annonceur devrait indiquer la mention « publicité » sur les affiches, le site web ou les courriers électroniques, afin précisément d'éviter tout risque de confusion. Il y a lieu également que, d'entrée de jeu, la personne pour le compte de laquelle la publicité est faite soit clairement identifiable.

Enfin, l'annonceur ne peut collecter les adresses e-mails à l'insu des individus et il ne peut les utiliser à des fins publicitaires que s'il a obtenu au préalable le consentement libre, spécifique et informé du destinataire. Cela vaut pour les internautes qui se prêtent au jeu et pour ses connaissances dont il fournit les adresses. Par contre, l'annonceur n'est pas tenu au principe du consentement préalable lorsqu'il se borne à inciter les internautes à transmettre un message par courrier électronique. Dans ce cas, lui-même n'utilise pas les adresses électroniques à des fins de marketing direct, laissant aux internautes le soin d'exploiter de façon libre et responsable leur carnet d'adresses. Ces derniers ne sont naturellement pas tenus non plus de recueillir le consentement préalable de leurs destinataires dans la mesure où ils transmettent le message par jeu ou simple divertissement, et non dans l'intention de promouvoir un bien ou un service et d'en tirer profit.

SOUS-SECTION 4. – *Le splog*

Le « splog » est un néologisme issu de la contraction des mots « spam » et « blog ». Il s'agit d'un blog créé dans le seul but de favoriser le recensement de certains sites dans des moteurs de recherche. Pratiquement, le splog est un pseudo-blog, dans lequel on trouve un contenu factice et surtout une collection de liens hypertextes pointant

(112) Les annonceurs belges apparaissent pénalisés car, dans les autres États membres de l'Union européenne, cette identification de toute publicité « dès la réception » n'est pas requise.

vers les sites à promouvoir. Comme l'on sait, les moteurs de recherche utilisent des robots sensibles aux liens entre sites ; s'ils identifient sur des sites différents un grand nombre de liens vers tel site, ils en déduiront que son contenu est attractif et le référenceront en bon ordre sur le moteur de recherche.

Les splogs représentent une véritable plaie pour les sites gratuits qui accueillent les blogs car ils consomment de l'espace disque et contraignent le fonctionnement correct des moteurs de recherche (113).

Le splog n'est pas à confondre avec le *spam in blog* qui désigne un commentaire à caractère publicitaire posté dans un « vrai » blog. Encore la terminologie est-elle aussi hésitante qu'imprécise, et le vocable blog désigne parfois indistinctement ces deux hypothèses.

Les règles relatives à la publicité sur les réseaux sont-elles efficaces pour contrer le phénomène du splog ? Il n'y a pas de doute : le splog est une variété de blog, fût-il artificiel ; il est accessible aux internautes qui peuvent le consulter et, le cas échéant, activer les hyperliens pointant vers le site à promouvoir. Il représente une forme de communication destinée à promouvoir, directement ou indirectement (via la promotion d'un site), des biens ou services (grâce à la méthode dite du « *link popularity* » du moteur de recherche, voire grâce à l'activation par les visiteurs des liens vers le site à promouvoir).

En définitive, le splog répond, nous semble-t-il, à la notion de publicité, et apparaît donc soumis aux principes d'identification et de transparence. En pratique, l'internaute est souvent piégé car il est malaisé de distinguer un splog d'un réel blog, doté d'un contenu sémantique. L'article 13, 1^o, de la loi du 11 mars 2003 impose pourtant de pouvoir identifier la publicité en tant que telle. La plupart des splogs ne respectent pas davantage le principe de transparence.

SOUS-SECTION 5. – *Le spim*

Le vocable « spim » est l'acronyme de « Spam over Instant Messaging ». Il désigne une nouvelle forme de publicité non sollicitée qui vise non plus les courriers électroniques, mais les utilisateurs de messagerie instantanée (*chat*).

La communication instantanée ne date pas d'hier (114). Elle existe depuis longtemps sous UNIX (grâce à la commande *talk*), puis sous Windows (la fenêtre *WinPopUp*). Depuis 1988, le protocole ouvert

(113) Cf. <http://fr.wikipedia.org/wiki/splog>

(114) Les développements qui suivent s'appuient sur l'encyclopédie en ligne Wikipédia (<http://fr.wikipedia.org>), notamment les v^{os} « Messagerie électronique » et « Internet Relay Chat ».

IRC (Internet Relay Chat) offre également des possibilités de « discussions relayées par Internet ». C'est à une jeune entreprise israélienne, Mirabilis, que l'on doit la messagerie instantanée moderne grand public : l'une des principales innovations de son logiciel ICQ, introduit en 1996, était la gestion d'une liste de contacts personnels. Depuis le succès d'ICQ, de nombreux protocoles de communication, propriétaires, fermés et incompatibles pour la plupart, ont été mis au point et gratuitement proposés par des fournisseurs de contenus sur l'internet (Yahoo! Messenger, MSN Messenger, Jabber, Gadu-Gadu...). Aujourd'hui, le paysage des systèmes de messagerie électronique est dans un état de fragmentation et de cloisonnement qui fait contraste avec le domaine du courrier électronique et du web (115).

Les principales différences entre le courrier électronique et la messagerie instantanée sont connues. Cette dernière permet un dialogue interactif, en temps (quasi) réel ; la plupart des services comportent aujourd'hui un système de notification de présence, indiquant si les individus de la liste de contacts sont connectés et disponibles pour communiquer (116). Par ailleurs, les messages instantanés sont temporaires ; à défaut d'être expressément enregistrés, ils disparaissent dès l'instant où la fenêtre à messages est fermée (au contraire, les courriers électroniques doivent être délibérément effacés).

Les messages instantanés échangés se chiffrent en centaines de milliards chaque année. C'est dire s'il y a là un espace susceptible d'intéresser les annonceurs. De fait, le spim, annoncé comme un nouveau fléau, progresse irrésistiblement sur divers logiciels de messagerie instantanée. Très souvent, le spim ne contient pas lui-même un message publicitaire mais un hyperlien qui, lui, renvoie vers le site que le « spimmer » entend promouvoir.

Par définition, le spim est une forme de publicité ; à ce titre, il est soumis à l'ensemble des règles générales régissant la publicité et à celles qui concernent plus spécifiquement la publicité sur les réseaux (principes d'identification, de transparence et de loyauté).

Doit-on en outre considérer le spim comme un « courrier électronique » au sens de l'article 2, 2°, de la loi du 11 mars 2003, auquel cas il

(115) Pour une liste des protocoles (standards ouverts et propriétaires) et programmes de messagerie instantanée, voy. le v° « Messagerie instantanée » sur Wikipédia.

(116) En principe, il est possible d'établir des listes « fermées », constituées uniquement de proches choisis. Au moment où l'intéressé se connecte au réseau, le logiciel de messagerie instantanée indique automatiquement sa présence à un serveur central, qui répercute l'information vers les autres contacts placés sur la liste. Les internautes qui « chattent » dans des salons, souvent thématiques, ouverts au tout venant sont naturellement plus exposés aux messages non sollicités.

serait soumis au régime de l'*opt-in* ? Il est difficile d'apporter une réponse univoque à cette question tant les systèmes de messagerie instantanée sont nombreux et diversifiés.

On ne saurait exclure l'éventualité que dans certains systèmes de messagerie instantanée de type centralisé, les messages soient stockés au niveau du serveur par lequel ils transitent et « mis en attente » jusqu'à ce que le destinataire se connecte et les récupère. Mais tel n'est en principe pas le cas (117) : dans les messageries instantanées – de type décentralisé (qui fonctionnent de paire à paire) ou centralisé –, soit le destinataire est en ligne et reçoit les messages qui lui sont adressés (118), soit il n'est pas connecté et ils sont perdus. En d'autres termes, à la différence des courriers électroniques, les messages instantanés ne sont normalement pas « stockés dans le réseau ou l'équipement terminal du destinataire jusqu'à ce que ce dernier le récupère ».

Dès lors, le spim n'entre pas dans la définition du courrier électronique. Il s'en suit qu'en principe, l'exigence du consentement préalable, libre, spécifique et informé à l'envoi d'un spim n'est pas de mise.

On peut le regretter : le fait de vouloir communiquer dans le cadre d'une messagerie instantanée n'implique pas naturellement que l'on consente à recevoir des publicités par ce biais. La philosophie qui sous-tend le système est, en effet, de permettre à une communauté d'utilisateurs d'échanger des *informations* ou de « converser » en temps réel ; il n'est pas *a priori* dans sa nature d'être un vecteur de publicité. Dans l'état actuel des textes, rien ne s'oppose pourtant à ce qu'un « spimmer » s'inscrive sur des listes ou dans des groupes de messagerie instantanée pour adresser des publicités à leurs membres.

SOUS-SECTION 6. – *Le spit*

Le spit est l'acronyme de « Spam over Internet Telephony » et désigne l'envoi massif de messages vocaux non sollicités par le biais de la téléphonie sur Internet (VoIP, Voice over Internet Protocol).

La possibilité d'utiliser le protocole IP pour la fourniture de services vocaux n'est pas neuve. À l'origine, toutefois, la VoIP concernait uni-

(117) De l'avis des experts que nous avons pris soin de consulter.

(118) Rappelons qu'à moins d'être expressément enregistrés, les messages instantanés disparaissent dès la fermeture de la fenêtre.

quement les communications entre PC (119); aujourd'hui, l'offre de services « VoIP » s'étend aux communications entre des PC et des téléphones raccordés au PSTN (Public Switched Telecommunication Network) et même entre téléphones classiques (Réseau Téléphonique Commuté) (120). Techniquement, il est possible soit de configurer seulement les appels d'un réseau IP « local » (auquel cas, on s'expose peu au spit), soit d'interconnecter les appels des autres réseaux IP ; c'est sur ces réseaux que les annonceurs peuvent s'abonner et, après s'être procuré les adresses IP des usagers, utiliser ces dernières pour diffuser des messages vocaux préenregistrés aux fins de promouvoir des biens ou services.

Le spit répond sans conteste à la notion légale – extrêmement large – de publicité (« toute forme de communication... destinée à promouvoir, directement ou indirectement, des biens... »). Il n'est pas besoin d'insister sur ce point. Qui plus est, à notre avis, le spit peut aussi être qualifié de courrier électronique au regard de la définition de l'article 2, 2°, de la loi du 11 mars 2003.

Envoyé à une masse d'abonnés d'un réseau de téléphonie sur Internet, le spit n'est autre qu'un message vocal « envoyé par un réseau public de communications », à savoir la téléphonie par Internet (VoIP), et « pouvant être stocké dans le réseau », en l'occurrence sur le serveur du prestataire, ou dans « l'équipement terminal du destinataire jusqu'à ce que ce dernier le récupère » (en l'occurrence dans la boîte vocale de chacun des utilisateurs du système de téléphonie sur IP qui n'a pas répondu à l'appel).

Par conséquent, tous les principes régissant la publicité sont pleinement applicables au spit, y compris ceux qui concernent spécifiquement la publicité par courrier électronique. Les messages vocaux à caractère publicitaire en téléphonie sur internet sont donc logés à la même enseigne que sur le réseau de téléphonie mobile.

CONCLUSION

Le cadre juridique de la publicité sur l'internet est essentiellement composé de deux types de règles : d'une part, des *dispositions généra-*

(119) Avec l'inconvénient que seuls sont joignables les interlocuteurs informatisés, qui recourent au même logiciel et qui sont connectés en permanence...

(120) Pour plus d'explications concernant les services de téléphonie sur Internet, voy. p. ex. l'Avis n° 4 de l'Observatoire des Droits de l'Internet et du Comité consultatif pour les télécommunication « sur les opportunités et les défis liés au développement des services Voice over IP » (18 mai 2005), disponible à l'adresse http://www.internet-observatory.be/internet_observatory/home_fr.htm.

les, applicables à toutes les formes de publicité, indépendamment de leur support, d'autre part, des *dispositions spécifiques* à la publicité dans le contexte des réseaux numériques. L'exercice de synthèse auquel nous nous sommes prêté n'a pas été de même nature dans les deux cas.

La plupart des *règles générales* figurent dans la LPCC, qui vient de subir un profond remodelage à l'occasion de la transposition de la directive du 11 mai 2005 sur les pratiques commerciales déloyales. Il nous a fallu présenter dans les grandes lignes le nouveau *droit général* de la publicité.

En réalité, à défaut d'innovations significatives sur le fond, on relève surtout une large redistribution des cartes. La directive imposait en effet d'abolir la différence entre les publicités et les pratiques déloyales à l'égard des consommateurs, cette distinction subsistant uniquement lorsqu'elles visent les professionnels. Telle est la principale cause du grand chambardement. Résultat : d'anciennes règles, légèrement retouchées, et des règles « nouvelles », infiniment détaillées, viennent se fondre au sein d'une LPCC bouleversée. Plus précisément, un nouveau chapitre, intitulé « De la publicité et des pratiques commerciales déloyales », distingue trois régimes juridiques ayant, chacun, un champ d'application propre. Les dispositions relatives à la publicité comparative demeurent pratiquement inchangées, quoique délocalisées, et s'appliquent à toutes les publicités, qu'elles soient dirigées vers des professionnels ou des consommateurs. Les règles relatives à la publicité trompeuse, dénigrante ou prêtant à confusion sont également maintenues, sous une nouvelle numérotation, mais leur portée est modifiée : désormais, elles concernent seulement les publicités adressées aux vendeurs. Enfin, dès lors qu'ils visent les consommateurs, les publicités et les actes contraires aux usages honnêtes sont traités indistinctement par les nouvelles règles relatives aux « pratiques commerciales déloyales à l'égard des consommateurs » ; c'est ici que se situe l'apport essentiel de la directive sur les pratiques commerciales déloyales.

Il est naturellement trop tôt pour apprécier la pertinence de cette réforme imposée par le législateur européen ; mais le lecteur aura compris qu'*a priori*, elle ne nous enchante guère. Sans doute convenait-il d'harmoniser à l'échelle européenne le droit des pratiques commerciales. Dans cette perspective, on comprend l'intérêt d'élaborer des règles relativement précises de manière à limiter au maximum les divergences d'interprétation d'un État à l'autre. Mais fallait-il pour autant verser dans une casuistique aussi laborieuse ? Il en résulte un dispositif

légal particulièrement touffu et complexe, bâti sur des concepts fumeux (121) et des énumérations fastidieuses. Toujours est-il qu'après cette énième réforme, notre loi sur les pratiques du commerce est devenue franchement illisible, comme en convient le législateur lui-même.

En ce qui concerne les *dispositions spécifiques* à la publicité sur les réseaux, fraîchement adoptées, notre propos a consisté non seulement à en dégager la portée, exemples à l'appui, mais aussi à apprécier leur pertinence à l'épreuve de certaines pratiques publicitaires actuellement en vogue.

Rappelons que l'on a affaire à deux catégories de règles : les principes d'identification, de transparence et de loyauté visent toutes les formes de publicité sur les réseaux, tandis que certains principes complémentaires trouvent à s'appliquer à la publicité par courrier électronique.

La confrontation des principes aux techniques publicitaires choisies confirme combien il est difficile de légiférer dans des domaines technologiques. Par principe, la loi fixe des normes générales et abstraites, tandis qu'il revient au juge d'apprécier les situations particulières (122). Pour le législateur, la voie est étroite : il s'agit de définir des concepts et principes suffisamment larges et ouverts, aptes à résister à l'évolution galopante des techniques et des pratiques, publicitaires en l'occurrence (123), et en même temps suffisamment précis pour ne pas étendre leur empire au-delà de ce qui est souhaitable.

Ainsi, la notion de publicité est d'un maniement délicat dès qu'il s'agit de la mesurer à la réalité. Vise-t-elle les *metatags*, les messages à caractère politique ou religieux, telles pages web personnelles... ? L'hésitation est souvent permise.

La définition du courrier électronique suscite également des questions. Les publicités sous forme de *pop-ups* ou de *spim* ne semblent pas couvertes par la notion. Il s'en suit qu'elles ne sont pas soumises au principe du consentement préalable... au grand dam de nombreux usagers du Web ou des messageries instantanées.

(121) Cf. les définitions de « pratique commerciale déloyale », « pratique commerciale trompeuse » ou encore « pratique commerciale agressive ».

(122) L'État de droit – fondé sur la séparation et le contrôle réciproque des pouvoirs – empêche le législateur d'adopter des « lois d'espèce », se substituant ainsi au juge, tout comme il interdit à ce dernier de rendre des « arrêts de règlement ».

(123) On imagine mal voir les mots *pop-up*, *metatag*, *spim*... faire leur entrée dans nos textes de loi.

Pareil constat n'a pas de quoi surprendre. Le réel, dans son infinie variété de formes, toujours nouvelles et imprévisibles, se laisse difficilement enserrer dans des catégories figées.

« Vingt fois sur le métier remettez votre ouvrage » ? Sans doute. Mais on aurait tort de demander au législateur plus qu'il ne peut donner. Au risque qu'il se fasse vétilleux. Qu'on le veuille ou non, la loi n'est pas tout le droit ; il y a beaucoup à attendre aussi de la « juris-prudence », de la prudence et de la sagacité des juges.